عدد اوراق ۲۶۲

عدد اجزاء ۳۲

۱۴ جزء است

سیزده جزء سی و صد ورق

فهرست ما في المجلد

كتاب التفليس كتاب الحجر كتاب الضمان كتاب الحوالة كتاب ال[illegible]

كتاب الصلح

فهرست ملحقة المجلد

كتاب التفليس كتاب الحجر كتاب الضمان كتاب الحوالة كتاب الكفالة

كتاب الصلح

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نثق

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطيبين الطاهرين

كتاب مناهل احكام المفلس **منهل** صح في الشرايع بان المفلس هو الفقير الذي ذهب خيار ماله وبقي فلوسه والمفلس هو الذي جعل مفلسا اي منع من التصرف في امواله و صح في القواعد بان المفلس من ذهب جيد ماله وبقي رديه وصار ماله فلوسا اوزيوفا وشرعا من عليه ديون ولا مال له يفي بها وهو شامل لمن قصر ماله ومن لا مال له فيحجر عليه في المتجدد باحتطاب وشبهه واشار الى التعريفين في التذكرة قائلا المفلس من ذهب خيار ماله وبقي دونه وصار ماله فلوسا والافلاس ماخوذ من الفلوس وقولهم افلس الرجل كقولهم اخبث اي صار اصحابه خبثاء لان ماله صار فلوسا وزيوفا ولم يبق له مال خطير وكقولهم اذل الرجل اي صار الى حالة يذل فيها وكذا افلس اي صار الى حال يقال فيها ليس معه فلس او لم يبق معه الا الفلوس وكقولهم اسهل الرجل واحزن اذا وصل الى السهل والحزن لانه انتهى امره الى الفلوس والاصل ان المفلس [illegible] الذي لا مال له ولا ما يدفع به حاجته ولهذا لما قال النبي صلى الله عليه وآله اتدرون من المفلس قالوا يا رسول الله المفلس فينا من لا درهم له ولا متاع قال ليس ذلك المفلس ولكن المفلس من ياتي يوم القيمة حسنات امثال الجبال ويأتي وقد ظلم هذا واخذ من عرض هذا فياخذ هذا من حسناته وهذا من حسناته فان بقي عليه شيء اخذ من سيئاتهم فيرد عليه ثم يصلي في النار هذا في عرف اللغة واما في الشرع فمن عليه الديون لا تفي بها ماله ويشمل من لا مال له اصلا ومن له مال قاصر وسمي مفلسا وان كان ذا مال لان ماله مستحق الصرف في جهة دينه فكانه معدوم وقد دل عليه تفسير النبي صلى الله عليه وآله مفلس الآخرة فانه اخبر ان له حسنات كالجبال لكنها دون ما عليه فقسمت بين الغرماء فبقي لا حسنة له ومثل هذا الرجل يجوز للحاكم الحجر عليه بشرائط وهذا التعريف شامل لمن قصر ماله ومن لا مال له فيحجر عليه في المتجدد باحتطاب

المرزهو

د بجهو سنن بعلم

منهل من جملة اسباب الحجر الفلس كما صرح به في النافع والشرايع والارشاد وغيرها بل صرح الرياض بان جماعة من الاصحاب ادعوا الاجماع عليه ويؤيده اولا ظهور عبارة لك في دعوى الاجماع عليه وثانيا عدم اشارة احد من الاصحاب الى خلاف فيه لا من الخاصة ولا من العامة وثالثا ان المقدس لا رديل مع كثرة مناقشته مع معظم الاصحاب ومخالفته اياهم خصوصا فيما لم يرد فيه نص لم يتعرض هنا للمنع من سببيته ذلك الحجر بوجه من الوجوه بل لم يشر الى تامل فيه ورابعا ان بعض الاصحاب كالمحقق في يع جعل احكام المفلس كتابا مخصوصا والعلامة في القواعد والارشاد جعلها في كتاب الحجر بابا مخصوصا وليس ذلك الا لكون سببيته الفلس للحجر من المسلمات بل ومن البديهيات كما لا يخفى ومنها ما اشار اليه في لك قائلا وقد روي ان النبي صلى الله عليه وآله حجر على معاذ بالتماس ومنها خبر غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه ان عليا عليه السلم كان يفلس الرجل اذا لوى على غرمائه ثم يامر به فيقسم ماله [illegible] وضعف السند مجبور بما تقدم اليه الاشارة ومنها ان التفليس قد يكون نهيا عن المنكر وامرا بالمعروف واعانة على البر ولحسانا محضا ومعه فيجوز بل يجب للعمومات الدالة على جواز المذكورات ووجوب كثير منها [illegible] وما ذكرناه [illegible] بعض الاجلة في كون الفلس من اسباب الحجر وما ذكروه من ان المفلس [illegible] على الصبي والسفيه والمجنون تمسكا بجملة من الاخبار من الاشارة الى ذلك [illegible] بشيء منها حكاية وتكلم عن احد من المعصومين صلوات الله وسلامه عليهم اجمعين [illegible] وجل [illegible] بكتاب بعضهم عليهم السلم حبس المديون وقسمة امواله بين الغرماء وهو [illegible] في محلها قطعا خصوصا مع اعتراضه باتفاق الاصحاب على عد [illegible] اسباب الحجر

منهل [illegible] وجوب الحجر على المفلس اشترط في الحجر على [illegible] امور الاول ان يكون ديونه ثابتة عند الحاكم وقد صرح بهذا الشرط في الشرايع والارشاد والقواعد

ساقطة ضعف

للضرر

المفلس

وكره بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما اشار اليه في مجمع الفائدة قائلا لعلّ دليله الاجماع ووجه ان
الحجر انما يقع من الحاكم فلا بد من ثبوت الدين عنده باقرار او بينة او علم منه بذلك على
اظهر القولين الثاني ان يكون امواله قاصرة عن ديونه فلو كانت مساوية لها او زائدة
عليها لم يحجر عليه وقد صرح بهذا الشرط في الكتب المذكوره وجامع المقاصد [illegible] وجوه
منها ظهور الاتفاق عليه ومنها تصريح التذكرة وجامع المقاصد بدعوى الاجماع عليه
وتعضده تصريحات كموضع آخر من كره بانه لا يحجر عند عدم قصور امواله عن الديون
عند علمائنا اجمع وكذا يعضده ما اشار اليه في مجمع الفائدة قائلا لعلّ دليل هذا الشرط الاجماع
ومنها ما تمسك به في التذكرة من اصالة عدم الحجر يثبت خلافها فيما اذا قصرت امواله
عن ديونه حفظا لاموال الغرماء فيبقى الباقي على الاصل ومنها ما تمسك به في كره ايضا
قائلا ولان الغرماء يمكنهم المطالبة بحقوقهم واستيفاؤها في الحال ولا فرق في ذلك بين من
ظهرت عليه امارات الفلس مثلا ان يكون نفقته من راس ماله او يكون ما في يده بازاء
دينه ولا وجه لنفقته الا ما في يده ومن لم يظهر كمن كان كسوبا ينفق من كسبه وقد صرح
بهذا التعميم في كره وجامع المقاصد وكذا بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه ويحتسب من جملة
امواله معوضات الديون كما صرح به في الشرايع وعد وكره وجامع المقاصد وكذا وصرح في
الاخيرين بان المراد من معوضات الديون الاموال التي ملكها بعوض ثابت في الذمة كالاعيان
التي اشتراها او استدانها ثم صرحا بوجه الاحتساب قائلين وانما احتسب من جملة امواله
لانها ملكه الآن وان كان اربابها بالخيار بين ان يرجعوا فيها وبين ان لا يرجعوا ويطالبوا
بالعوض وكما يحتسب من ماله يحتسب اعواضها من جملة ديونه ولو لم يكن له مال اصلا فهل
يحجر عليه او لا استشكل في ذلك في التذكرة قائلا ينشأ من عدم فائدة الحجر اذ هي التحفظ
لما في يده عن الاتلاف ومن الاكتفاء بمجرد الدين لجواز الحجر منعا له من التصرف فيما عساه
يتجدد في ملكه باصطياد واتهاب وظفر بركاز وغيرها وهل يحتسب من جملة

امواله

امواله المستثنيات في الديون فلو كانت هي بانفسها او بانضمامها الى مال آخر له تفي بديونه
لم يحجر عليه اولا فلا يعتبر فيما تساوي ديونه او يزيد عليها ان لا يكون من المستثنيات
فيه اشكال ولكن الاقرب احتسابها من جملة الاموال كما هو مقتضى اطلاق الكتب المتقدمة
الثالث ان يكون الديون حالة فلو كانت مؤجلة لم يحجر عليه وان لم يف ماله بها وقد
صرح بهذا الشرط في الشرايع والقواعد والارشاد والتذكرة وكذا بل الظاهر انه مما لا خلاف
فيه كما نبه عليه في مجمع الفائدة قائلا لعل دليله الاجماع وعلله في التذكرة وكذا وغيرهما
بانه ليس لهم المطالبة في الحال وربما يجد الوفاء عند توجه المطالبة فلا يجوز تعجيل عقوبته
بمنعه من التصرف ولو كان بعضها حالا اعتبر قصور ماله عنه خاصة فلو وفى به لم يحجر
عليه وان لم يبق للديون شيء وان قصر عن الحال حجر له وقسم عليه ولا يدخر للمؤجل
شيء وقد صرح بجميع ذلك في كذا والتذكرة الرابع ان يلتمس الغرماء الحجر عليه
فلو لم يلتمس احدهم ذلك لم يحجر وقد صرح بهذا الشرط في كره وعد والتذكرة والارشاد
وجامع المقاصد وكذا بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما اشار اليه في مجمع الفائدة قائلا
لعل دليله الاجماع فلا يثبت الحجر عليه بمجرد التماس المديون منه الحجر عليه ولا يتبرع الحاكم
حيث لا يكون وليا لصاحب الدين اما الاول فقد صرح به في الشرايع والارشاد و
القواعد بل صرح في كذا بانه هو المشهور ثم احتج عليه بان الحجر عقوبة والرشد و
الحرية ينافيانه فلا يصار اليه الا بدليل صالح وانما يتحقق مع التماس الغرماء واستقرب
في التذكرة جوازه قائلا لو لم يلتمس احد من الغرماء فالتمسه المفلس فالاقرب
عندي جواز الحجر عليه لان في الحجر مصلحة للمفلس كما فيه مصلحة للغرماء وكما اجيب الغرماء
الى تحصيل ملتمسهم حفظا لحقوقهم كذا ان يجاب المفلس تحصيلا لغرضه وهو حفظ
اموال الغرماء لئلا يسلم من المطالبة والاثم واذا تحقق ثبوت غرض للمفلس صح في
الحجر عليه اجابته اليه وقد روي ان حجر النبي صلى الله عليه وآله على معاذ بالتماس منه

دون طلب الغرماء، وفي جميع ما ذكر مدفوع بالاصل والعمومات المعتضدة بالشهرة المحققة والمحكية
وعدم صلاحية ما اشار اليه من الرواية لتخصيصها لضعفها سندا وقصورها دلالة
واما الثاني فقد صرح به في يع والارشاد وعد وكرة ولك واحتج عليه في الاخير
بان الدين حق للغرماء والحجر لمصلحتهم وهم ناظرون لمصلحتهم لا لنفسهم فلا يحكم الحاكم
عليهم ثم صرحا كما في القواعد وجامع المقاصد بانه لو كانت الديون لمن للحاكم عليه الولاية
كما لو كانت الديون لمجانين او اطفال او المحجور عليهم بالسفه كان له الحجر وهو جيد
وعلله في التذكرة بانه الغريم في الحقيقة فله التماس ذلك من نفسه وصرح في جامع
المقاصد بانه لو كانت الولاية للاب والوصي لم يكن الحجر اذ ليس له المطالبة ولو كان
الدين للغياب فهل يجوز للحاكم ان يحجر او لا اضح بالثاني في التذكرة والقواعد
وجامع المقاصد ولك وهو جيد واحتج عليه في الاول والاخير بان الحاكم لا يستوفي
ما للغائب في الذمم بل يحفظ اعيان اموالهم فحينئذ لا يجوز للحاكم الحجر على من اشتغلت
ذمته بالزكاة والخمس ونحوها واذا التمس بعض الغرماء الحجر دون بعض فقطع في الشرائع
ان يحجر وعد وجامع المقاصد ولك وهو جيد وصرح في الاخير بانه انما يحجر مع التماس
البعض اذا كانت ديون ذلك البعض لا تفي مال المديون بها واشار اليه في عد ايضا
وعلله في جامع المقاصد بانتفاء بعض الشروط لو وفي بها لان دين غير الملتمس
ليس للحاكم الحجر لاجله صونا بالنسبة الى الحجر عليه لاجله وما ذكراه جيد وصرح في لك بانه
اذا حجر للملتمس عم الحجر الجميع مجتمعا بثبوت الديون كلها واستحقاق اربابها المطالبة
بخلاف المؤجلة وصرح بما ذكره في التذكرة ولكنه منع من اشتراط زيادة دين الملتمس
على مال المديون في الحجر عليه قائلا لو التمس بعض الغرماء الحجر دون بعض فان كانت ديون
الملتمس قدرا يجوز الحجر بها حجر عليه لذلك القدر واجيبوا الى ذلك ثم لا يختص
الحجر بهم بل يعم اثره الجميع وان لم يكن ديونهم زائدة على امواله فالاقرب جواز الحجر

ولا ينظر

ولا ينظر التماس الباقين لئلا يضيع على الملتمس ماله بتكاسل غيره وفيما ذكره نظر بل
الاقرب ما صار اليه في جامع المقاصد واعلم انه زاد في القواعد والتذكرة على ما ذكرنا
من الشروط الاربعة شرطا اخر وهو المديونية فجعل الشروط خمسة ولا شبهة في كون
ذلك شرطا ولكن يكتفي في الاشارة اليه بالشرط الاول وهو الثبوت عند الحاكم فانه
فرع المديونية وقد صرح بما ذكرناه في مجمع الفائدة الا ان يقال قد يثبت عند الحاكم
ما لا واقع له فلا يصح الحجر في الواقع ولكن يثبت ظاهرا فلا بد من الاشارة الى هذا الشرط
ثم وصرح في الشرائع والقواعد والتذكرة بانه اذا حجر الحاكم على المديون يثبت للحاكم
منعه من التصرف لتعلق حق الغرماء واختصاص كل غريم بعين ماله وقسمة امواله
بين غرمائه وهو جيد وزاد في التذكرة وعد وحبسه الى ثبوت اعساره القول
في منع التصرف منهل يمنع الحاكم المفلس من جميع التصرفات الابتدائية المتعلقة
بالمال الموجود حال الحجر سواء كانت بعوض كالبيع والاجارة او بغير عوض كالعتق والهبة
وقد صرح بذلك في الشرائع والتذكرة والقواعد والارشاد ولف وجامع المقاصد
ولك ومجمع الفائدة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما اشار اليه في الاخير فلو تصرف بعد
الحجر كما لو باع او آجر فهل يقع فاسدا من راس مطلقا كما يقع من الصبي والمجنون او لا بل
يصح لو فضل عن الدين بعد قسمة ماله عليهم اختلف الاصحاب في ذلك على قولين
الاول انه يفسد من راس مطلقا وهو لصريح الشرائع والايضاح والمحكي في لف عن ط
والاسكافي الثاني انه لا يفسد بل يبقى موقوفا على انفصال امر المديون فان صرف الجميع في
الدين فيبطل وان فضل شيء فلا يبطل بل يجعل الزائد الفاضل لذلك العين التي تعلق بها
التصرف وصرح في جامع المقاصد ولك بانه يتصور كون الشيء فاضلا بارتفاع القيمة السوقية
وبابراء بعض الغرماء من حقه وزاد في الاول قائلا ويتصور بغيرهما كتجدد مال وموت
بعض الغرماء الذي يرثه المديون وهو للمسالك وقواه في جامع المقاصد وحكاه في ط عن بعض

الثالث انه يفسد الا في البيع بعوض فانه يصح وهو المختلف للقول الاول ما اشار
اليه في الثانية انه ممنوع من التصرف شرعا فيكون عبارته مسلوبة الاعتبار كعبارة الصبي
فلا يصح وان لحقته الاجازة وهذا هو المناسب للحجر فان معنى قول الحاكم حجرت عليك
منعتك من التصرفات ومعناه تعذر وقوعها منه واورد عليه في جامع المقاصد قائلا
وفيه نظر لان منعه على هذا الوجه غير ظاهر اذ مطلق المنع والحجر لا يستلزم ذلك
وليس هناك شيء بخصوصه يقتضيه فان قيل قول الحاكم حجرت عليك معناه منعتك
من التصرفات ولا معنى للمنع منها الا تعذر وقوعها منه قلنا الممنوع منه انما هو التصرف
المنافي لحق الغرماء وذلك هو النافذ واما غيره فلا دليل عليه فالمتعذر وقوعه هو
النافذ دون ما سواه على ان الحجر لو اقتضى المنع المذكور لسقط اعتبار عبارة السفيه
مع انه لو باع فاجاز الولي نفذ فيجب ان يكون الحكم هنا كذلك بطريق اولى فاذا اجاز
الغرماء حكم بنفوذه ونبه على ما ذكره في الثانية وللقول الثاني ما تمسك به في جامع
المقاصد قائلا الاوجه انه لا يقصر عن التصرف في مال غيره فيكون كالفضولي مع بقاء
ملكه الى حين الاداء الى الغرماء ويعضده ظاهر قوله تعالى اوفوا بالعقود والا ان تكون
تجارة عن تراض واحل الله البيع وامثال ذلك من عمومات الكتاب والسنة واشار
الى الوجه الذي ذكره في الايضاح وللثالث ما اشار اليه في لف
قائلا قول ابن الجنيد جيد الا في البيع بعوض فان الاولى فيه كما قاله الشيخ في الخلاف
لانه عقد صدر من اهله في محل خال عن المانع فيكون صحيحا وبيان خلوه عن المانع انه
بعد دفع الحجر لم يبق مانع ولا غرم علاوة بالاصل والمسئلة محل اشكال ولكن القول الثاني
في غاية القوة وعليه فصح في القواعد بانه يجب تاخير ما تصرف فيه فان قصر الباقي بطل
الاضعف كالرهن والهبة ثم البيع والكتابة ثم العتق وقد اشار الى وجه ما ذكره في
جامع المقاصد قائلا الاوجه حينئذ ان يكون التصرف موقوفا الى ان ينظر هل يفضل العين

التي تعلق التصرف بها ام لا يجب تأخير ما تصرف فيه فلا يباع ولا يسلم الى الغرماء الا ان
تفي غيره من اموال المفلس فان قصر ما سواه عن الوفاء وكان التصرف متعددا بطل
الاضعف ثم ما يليه في الضعف وعلى هذا فلو اجتمعت من التصرفات الانواع المذكورة
ابطل الرهن والهبة فانهما اضعف من الباقي باعتبار جواز الرهن من جانب المرتهن
وكون الهبة موضوعة على الجواز ثم البيع والكتابة لانهما وان كانا لازمين من الطرفين
الا ان العتق اقوى لكونه في نظر الشارع على التغليب ولهذا كان من خواصه السراية
ولا يبعد على هذا ان يكون الوقف بمنزلة العتق لان كلا منهما لا يقبل الفسخ بخلاف
ما في العقود ويحتمل ابطال اخر التصرفات ثم ما يليه ثم ما يليه الى اخرها كما في تبرعات
المريض ووجهه ان المزاحمة انما وقعت بين ديون الغرماء والتصرفات الاخيرة فلو
السابق ماضيا لعدم ما ينافيه ويمكن الفرق بين تصرفات المريض وهذه لان الحجر
على المريض انما هو فيما زاد على الثلث خاصة فالتصرف بالزائد على الثلث هو
الاخير فيكون باطلا دون ما سواه بخلاف المفلس فانه محجور عليه في الجميع فلا يظهر
فرق بين الاخير وغيره لان الجميع كالفضولي فاذا احتيج الى بيع بعض الاعيان التي
تعلق بها التصرف امكن ان يقال ان جميع التصرفات موقوفة فلا بد من ابطال بعضها
ولا اولوية لبعض على غيره لشيء من الاعتبارين المذكورين فان التقدم والتاخر سواء
في كونهما غير نافذين نعم لما لم يعهد في العتق ان يكون موقوفا حكمنا بكونه مراعى لحقه
ان يكون نافذا فالتحقيق انه اذا قلنا ان الاجازة من الفضولي كاشفة لا ناقلة كان
جميع التصرفات مراعاة فيظهر للتقدم اثر ح وحيث انا رجحنا هذا القول فيما سبق
كان هذا الاحتمال الاخير اقوى واليه مال في كره ولو وقعت التصرفات دفعة احتمل
القرعة والابطال في الجميع وعندي ما صار اليه من الاحتمال الاخير في غاية القوة كما
ابطال الجميع في صورة وقوع التصرفات دفعة وينبغي التنبيه على امور الاول اذا اجاز

تقدم

الغرماء بتبرع بانه فهل يصح ولا صح بالاول في جامع المقاصد وللث وهو الاقرب لما
البلوغ الاشاده الثاني لا يمنع من التصرفات التي لا تصادف المال كما صرح به في الارشاد
والتذكرة والقواعد وجامع المقاصد وللث وهو الاقرب بمجمع الفائدة بل الظاهر انه
مما لا خلاف فيه كما اشار اليه في مجمع الفائدة ويدل عليه مضافا الى ما ذكر الاصل
والعمومات وعد من هذا القبيل امور احدها النكاح وقد صرح بخصوص هذا في كرة والارشاد
وعد وللث وهو حسن بالنسبة الى الزوجة وكذلك بالنسبة الى الزوج ان جعل الصداق
في ذمته او تحمله غيره واما اذا جعل الصداق عينا مخصوصة من امواله التي لا تكون
من المستثنيات فلا كما لا يخفى وقد نبه على ما ذكر في جامع المقاصد ومجمع الفائدة
ولا فرق فيما ذكر بين الدائم والمنقطع وثانيها الطلاق وقد صرح بخصوصه في
الكتب المذكورة وصرح في التذكرة بانه اذا صح منه الطلاق مجانا كان صحة الصلح
الذي هو طلاق بعوض اولى بالجواز وهو جيد وقد صرح بخصوص كون الخلع من
هذا القبيل في عد والارشاد ومجمع الفائدة وكذا صرح به في جامع المقاصد قائلا
لكن هذا اذا كان المحجور عليه بالفلس رجلا فلو كان امرأة منع وهو جيد وثالثها
استيفاء القصاص وقد صرح بخصوص هذا في كرة والارشاد وعد وللث ومجمع الفائدة
واشار الى وجهه في الاول قائلا لانه ليس تصرفا في المال ولا يجب عليه اخذ الدية
وان بذل الجاني لان القصاص شرع لدفع الفساد والدية انما تثبت صلحا وليس
واجبا عليه تحصيل المال باسقاطه ورابعها العفو عن القصاص مجانا وقد صرح
بخصوص هذا في كرة والارشاد وعد وللث ومجمع الفائدة ايضا وصرح بانه لو وجب
له الدية بالاصالة كما في جناية الخطاء فانه ليس له اسقاطها لانه بمنزلة الابراء من
الدين وهو جيد وخامسها الحاق النسب بالاقرار وقد صرح بخصوص هذا في
كرة والارشاد وعد ومجمع الفائدة واشار الى وجهه في الاول قائلا اذ ليس تصرفا

في المال

في المال وان وجبت المؤنة هنا وسادسها نفي النسب باللعان وقد صرح بخصوص هذا
في كرة والارشاد وعد ومجمع الفائدة الثالث لا يمنع ايضا من التصرف الذي يصادف
المال بالتحصيل كالاحتطاب والاصطياد والاحتشاش والاتهاب وقبول الوصية
كما صرح به في التذكرة والقواعد وللث ومجمع الفائدة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بل
صرح بدعوى الاجماع في التذكرة واحتج عليه بان الغرض من الحجر منعه مما يتضرر به
الغرماء وهو هنا مفقود الرابع صرح في عد وكرة بانه لا يمنع من التصرف الذي
يصادف بالاتلاف بعد الموت كالتدبير والوصية منها لو اقر بدين سابق
على الحجر صح واعتبر كما صرح به في المبسوط والشرايع وعد والارشاد والتذكرة و
جامع المقاصد وللث ومجمع الفائدة ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و
منها تصريح جامع المقاصد بانه لو اقر بدين سابق لزمه قولا واحدا وتوقع
تصريح للث بانه لا اشكال في صحة الاقرار في الجملة وتصريح بعض الاجلة بان الظاهر
ان ذلك مما لا خلاف فيه ومنها ما تمسك به في جامع المقاصد وللث ومجمع
الفائدة وغيرها من عموم قولهم اقرار العقلاء على انفسهم جائز وصرح في الاول بل
كما في كرة بان الاقرار ليس كالانشاء حتى انه فيه قولا بوقوعه باطلا فلا ينفذ اصلا بعد
بعد الحجر والاقرار لا شك في نفوذه بعد الحجر والاقرار لا شك في نفوذه
الحجر والغرض ان المقصود من الحجر المنع من التصرف فيما سبق الغاء الانشاء لكونه
تصرفا جديدا واما الاقرار فانه اخبار عن تصرفات سابقة لم يتعلق بها الحجر ولم
ينقض الحجر سلطنة عليه العادة عن المحجور عليه وهل يشارك المقر له باقي الغرماء
فيدفع اليه كما يدفع اليهم ولا بل يتبع به بعد فك الحجر فلا يدفع اليه شيء ما دام الحجر
باقيا اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه يشارك الغرماء وهو للشرايع
والتذكرة والمحكي في لك عن المبسوط والتحرير الثاني انه لا يشاركهم بل يتبع به

بعد فك الحجر وهو لجامع المقاصد وفاقاً لك ومجمع الفائدة واستظهره بعض الاجلة من الارشاد
للاول ولكن وجوه منها ما تمسك به في التذكرة من انه عاقل فينفذ تصرفه لعموم قوله
اقرار العقلاء على انفسهم جائز وما يرد عليه في لك قائلاً ويشكل بمنع دلالة
الخبر على المدعى لانا قبلناه على نفسه ومن ثم الزمناه بالمال بعد زوال الحجر ولم يدل
على انه جائز على غيره ولو نفذ ذلك المقر له للغرماء لنفذ عليهم لتعلق حقهم بجميع المال
ولا معنى لمنعه من التصرف الا عدم نفوذه في ماله والمشاركة تستلزم ذلك وفيه نظر
ومنها ما ذكره في التذكرة من عموم الخبر في قسمة ماله بين غرمائه والمقر له احدهم
ومنها ما ذكره في القواعد والتذكرة من ان الاقرار كالبينة ومع قيامها لا اشكال
في المشاركة فكذلك مع الاقرار وما يرد عليه في لك قائلاً ويمنع مساواة الاقرار
للبينة في جميع الاحكام ونظيرها اثره فيمن لا يقبل اقراره اذا اقيمت عليه البينة واذا
لم يكن القاعدة كلية لم يصح كبرى للشكل ولا ينتج المطلوب وفيه نظر لان الاصل المساواة
اما لقاعدة الاولوية او لعلية الاشتراك والخروج عن الاصل في بعض الموارد لا
يمنع من كليته واعتباره حيث لم يقم دليل على خلافه اللهم الا ان يمنع من قبل الاولوية
او من حجيتها وفيه اشكال فتأمل ومنها ان المقر له لو لم يشارك سائر الغرماء
لم يجز للمفلس ان يعطيه شيئاً من ماله وفاءً ولا ان يصالحه على اسقاط شيء مما اقر له به
ولا ان يتصرف المقر له فيما اعطاه المفلس من ماله والتالي بجميع اقسامه باطل فالمقدم
مثله اما الملازمة فظاهرة واما بطلان التالي بجميع اقسامه فلعموم قوله تعالى اوفوا
بالعقود وقوله ص الناس مسلطون على اموالهم وقوله ص المؤمنون عند شروطهم وقوله تعالى
احل الله البيع وقوله ص الصلح جائز بين المسلمين وغير ذلك من العمومات فتأمل وللآخرين
وجهان احدهما ما ذكره في التذكرة واشار اليه في عد من ان حق الغرماء تعلق بما له
من المال وفي القبول والمشاركة اضرار لهم بمزاحمته اياهم وفيه نظر للمنع من تعلق حق

الغرماء

الغرماء بجميع ماله وغاية ما يثبت من الحجر هو منعه من التصرف في جميع المال لا تعلق حق
الغرماء به ولا الضرر غير معلوم بل هو محتمل بالنسبة الى كل من الغرماء والمقر له خصوصاً
اذا كان حق الغرماء او بعضهم ثابتاً بالاقرار قبل الحجر فتأمل وثانيهما ما ذكره في التذكرة من
ان المقر متهم في هذا الاقرار فلا يسقط به حق الغرماء المتعلق بماله كما لو اقر بما رهنه
بل صرح في جامع المقاصد بانه لا ريب في ان تعلق حق الغرماء بمال المفلس اقوى من تعلق
حق المرتهن بمال الراهن لثبوت الحجر هنا بصريح حكم الحاكم بخلافه هناك فكما ان الراهن
لو اقر بسبق رهن المعين لآخر وبعد ابطاله لا يسمع في حق المرتهن فهنا كذلك بطريق اولى
وفيه نظر اما اولاً فلما صرح به في التذكرة وغيره من المنع من التهمة في هذا الاقرار لان ضرر
الاقرار في حقه اكثر منه في حق الغرماء ولان الظاهر من حال الانسان انه لا يقر بدين عليه مع
عدمه لا يقال هنا مندفع بما صرح به في لك وجامع المقاصد من ان التهمة موجودة لانه
يريد اسقاط حقهم باقراره وتحقق الضرر عليه لا يمنع من ابحاثه الضرر عليهم ولامكان
المواطاة بينه وبين المقر له في ذلك فلا يتحقق الضرر الا عليهم لانا نقول ذلك ممنوع
بعيد عادة وان جاز عقلاً سلمنا ولكن لا نسلم ثبوت ذلك في جميع المواضع والثبوت
احياناً لا يقتضي صحة الصغرى نعم لا يصح ان يستدل بانتفاء التهمة في هذا الاقرار على
اعتباره والحكم بالمشاركة به كما نطق في التذكرة وقد اشار الى هذا في لك قائلاً وعلى كل
حال لا يمكن الحكم بنفي التهمة على الاطلاق بل غايته انه قد يكون متهماً وقد لا يكون فلا يصلح
جعل عدم التهمة وجهاً للنفوذ وقد اشار الى ما ذكره في جامع المقاصد ايضاً واما ثانياً
فللمنع من عدم اعتبار الاقرار الموجب للتهمة بالاصل كيف لا وعموم قوله اقرار العقلاء
على انفسهم جائز يقتضي اعتبار الاقرار مطلقاً والانصاف ان المسئلة محل اشكال ولا
ينبغي فيها ترك الاحتياط ولكن القول الاول هو الاقرب وينبغي التنبيه على امرين الاول
لو اقر المفلس بعد الحجر عليه بعين من الاعيان التي في يده لانسان آخر وقال غصبته منه او

استعرتها واخذته سوما او وديعة او نحو ذلك فهل يدفع الى المقر له ولا يكون لباقي الغرماء
فيها حق او لا بل يختص بالغرماء ولا يستحق المقر له منها شيئا فيه قولان احدهما انه يدفع
الى المقر له وهو للتذكرة والمحكي عن الشيخ في ط وابن ادريس وصحح به في ح اولا لانه
تردد فيه اخرا قائلا لو اقر بعين دفعت الى المقر له وفيه تردد لتعلق حق الغرماء باعيان
ماله وربما يستفاد من الايضاح المصير اليه ايضا وثانيهما انها لا تدفع الى المقر له بل
تختص بالغرماء وهو للارشاد ومجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة وربما يستفاد
من المقر له للاولين وجهان احدهما ما صرح به في الايضاح من عموم قوله اقرار
العقلاء على انفسهم جائز فاعتبار الاقرار هنا يستلزم الدفع الى المقر له كما صرح به في
التذكرة وجامع المقاصد ولك وليس سماع الاقرار هنا كسماع الاقرار بالدين الثابت
فانه يجتمع مع الحكم بعدم لزوم دفع شيء من المال الى المقر له باعتبار تعلق الغرماء
بجميع المال لان الدين لم يتعلق بالمال الموجود بوجه من الوجوه بخلاف سماع الاقرار
بالعين فانه يستلزم عقلا دفعها الى المقر له فتم وثانيهما ان الاقرار كالبينة ومع
قيامها تدفع الى من شهدت به فكذلك مع الاقرار وللاخرين وجهان ايضا احدهما
ما صرح به في الشرايع ولك من تعلق الغرماء باعيان امواله كتعلق حق المرتهن باعيان
امواله اذا صارت مرهونة عنده فكما لا يسمع اقرار الراهن بعد الرهن بانها للغير فكذلك
المفلس بعد الحجر عليه والوجه في عدم السماع في المقامين ان الاقرار فيهما اقرار في حق
الغير فلا يسمع وقد يجاب بان الحجر انما افاد المنع من تصرف المفلس في ما هو ماله بحسب
الواقع ولم يثبت كون ما اقر به للغير ماله فيبقى عموم ما دل على سماع الاقرار سليما عن
المعارض وهذا وان كان جاريا في اقرار الراهن الا ان المنع من سماع اقراره انما هو لدليل خاص وهو
لا يقتضي المنع من سماع اقرار المفلس الا على تقدير حجية القياس وهي ممنوعة بالضرورة
من مذهبنا وثانيهما ان المفلس متهم في اقراره فلا يسمع منه وفيه نظر وقد تقدم

اليه الاشارة

اليه الاشارة والانصاف ان المسألة محل اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها ولكن القول
الاول اقرب وصرح في عد وجامع المقاصد ولك بانه مع قبول الاقرار هنا يسلم الى
المقر له وان قصر باقي مال المفلس عن ديون الغرماء وعلله في الاخير بان الضرب انما
هو بالدين وصاحب العين يختص بها وصرح في مجمع الفائدة بان الظاهر من عدم السماع
هنا عدم السماع بالنسبة الى الغرماء فينبغي للحاكم ان يوخر تلك العين فان فضلت
عن الديون سلمها الى المقر له والا باعها في الديون وغرم مثلا او قيمة وصرح بما
اشار اليه بقوله فان فضلت في كره ايضا الثاني ثبت ولك على مجموع الاقوال
هنا وفي السابق قائلا واعلم ان جملة الاقوال في المسألة تنعقب على قدر الاحتمالات
الممكنة وهي بعد نفي نفوذه فيهما اختاره العلامة في الارشاد والشهيد وجماعة
واثباته فيهما وهو صريح كره وثبوته في العين دون الدين وبالعكس وهو ظاهر
المصرح في الكتاب وان كان بعد ذلك الثالث لو قال هذا المال مضاربة
لغائب فهل يقبل قوله مع يمينه ويقر في يده اذا حلف ولا حكي عن الشيخ في المبسوط
الاول واعترض عليه بوجوه الاول ان اقراره اقرار في حق الغير وهم الغرماء فلا
يسمع وقد صرح بهذا الاعتراض في جامع المقاصد وهو غير وجيه على المختار من
سماع اقرار المفلس بالعين ولذا صرح في لك بان ما ذكره الشيخ متفرع على قبول
اقراره بالعين الثاني ان اليمين لا وجه لها مع الاقرار ولا يسمع لاثبات مال
الغير وقد صرح بهذا الاعتراض في جامع المقاصد ولك الثالث ان اقراره في يده
لا وجه له لانه مسلوب اهلية اليد لان الحجر رفع يده وسلطنته المالية وصرح بهذا
الاعتراض في لك الا انه صرح بانه يمكن دفعه بان المفلس انما يرفع يده عن ماله
لتعلق حق الغرماء به اما مال الغير الذي هو وكيل فيه فلا وجه لرفع يده عنه لانه
مكلف مختار رشيد وبيده لمستثنيه عدوان وقد صرح بهذا في جامع المقاصد

ايضا وهو جيد فالاقرب سماع اقراره من غير توقف على تعيين وجواز انفاذه
في بيع ولو قال هذا المال مضاربة لحاضر فان صدقه فسمع اقراره ويدفع الى
المقر له على المختار وقد صرح به في الشرايع وعد وكره وان كذبه المقر له فصرح في
الكتب الثلاثة المذكورة بانها تقسم بين الغرماء واحتج عليه في جامع المقاصد
بتعلق حقوق الغرماء بالعين سابقا واخراجها عنهم انما كان مع صحة الاقرار
ومع رد المقر له لا يكون الاقرار صحيحا ثم استشكل في ذلك بان الاقرار على
تقدير نفوذه على الغرماء لا يبطل برد المقر له وتكذيبه بل يخرج العين عن المقر
بالاقرار ولا يتعين مالكها فيكون مالا مجهول المالك فكيف يعود الى المقر وتقسم
بين الغرماء ولا يخفى ان التفصيل باعتبار التصديق والتكذيب لا يختص
بالاقرار بالمضاربة بل يشمل الاقرار بالدين والعين مطلقا وقد صرح به في القواعد
وجامع المقاصد بالنسبة الى الاقرار بالعين الرابع صرح في الشرايع والقواعد
بانه لو اقر بمال مطلقا وجهل السبب لم تشارك المقر له الغرماء لاحتمال كون السبب
لا يقتضي الشركة وصرح بما ذكراه في المسالك ايضا محتجا باصالة عدم استحقاق المقر له
المشاركة ثم حكى عن بعض القول بوجوب ... لعدم العلم باستحقاق المقر له
الغرماء ... بان تعلق حق الغرماء بعين ماله لما كان معلوما وتعلق حق
المقر له غير معلوم فيبقى على اصالة عدم المشاركة الى ان يثبت خلافها ثم صرح بانه
لا شبهة في جوازه واولويته وجميع ما صار اليه هنا هو الاقرب وان امكن المناقشة
في بعض ما ذكره سهل لو تبايعا بشرط الخيار لهما او لاحدهما لم يبطل
خيار المفلس وكان له اجازة البيع ورده فلو اشترى بخيار وفلس والخيار باق
كان له اجازة البيع وفسخه وقد صرح بذلك في الشرايع والتذكرة والارشاد
وعد وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق

عليه ويؤيده ان الجماعة المتقدم اليهم الاشارة لم ينبهوا على خلاف في ذلك بوجه من الوجوه
بل افتوا به من غير تامل ولا اشكال ومنها ان الحجر على العاقل البالغ الرشيد على
خلاف الاصل فيجب الاقتصار في الخروج عنه على ما قام الدليل عليه وليس محل البحث
مما قام دليل من الادلة الاربعة على خروج المفروض من الاصل وليس هذا مترتبا على
الحجر ولا من لوازمه العقلية ولا الشرعية ولا العرفية كما صرح به في لك محتجا به على الحكم
المذكور ومنها ان الظاهر اختصاص الحجر بالتصرفات المبتداءة وليس هذا التصرف
منها كما صرح به في الشرايع والتذكرة تامل في مقام الاحتجاج على الحكم المذكور لان هذا
التصرف ليس بابتداء تصرف ومنها اصالة بقاء الخيار ولعله اشار الى هذا في مجمع الفائدة
في مقام الاحتجاج على الحكم المذكور بقوله ومقتضى الاصل ومنها اطلاق الادلة الدالة
على ثبوت الخيار من النصوص والفتوى وينبغي التنبيه على امور الاول لا فرق في ذلك بين
ان يحظى الغرماء بما يريده المفلس من الامضاء او يسخطونه كما صرح به في التذكرة وهو
ظاهر اطلاق غيرها من الكتب المتقدمة الثاني يلحق بالبيع هنا الصلح والاجارة الثالث
لا يشترط الغبطة في الفسخ او الامضاء كما صرح به في التذكرة وعد والارشاد ولك وهو ظاهر
اطلاق الشرايع الرابع يجوز للمفلس الرد بالعيب فيه كما صرح به في التذكرة والارشاد وعد
وجامع المقاصد ولك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه وهل يشترط في الرد بالعيب والامضاء
اعتبار الغبطة او لا فيه قولان احدهما انه يشترط فيه ذلك فلو كان العيب يسيرا وزيادة
من الثمن ولا ضرر في بقائه منع من الفسخ بخلاف الخيار بالشرط وهو للقواعد والتذكرة و
المحكي عن الشهيد ويحكى عنه في لك انه فرق بين الرد بالعيب والرد بخيار الشرط بان الخيار
يثبت باصل العقد لا على طريق المصلحة فلا يتقيد بها بخلاف الرد بالعيب فانه يثبت على
طريق المصلحة فيتقيد بها واورد عليه في لك قائلا وفيه نظر لان كلا من الخيارين ثابت
باصل العقد وانما افترقا بان احدهما ثبت بالاشتراط والآخر بمقتضى العقد فلم يقل

احد بتقييد فسخ البيع في غير المفلس بالمصلحة واعتبار الغبطة فيه هنا مع كونه ليس من التصرفات
المبتداة ليس بجيد ولو قيل ان الحكمة الباعثة على اثبات خيار العيب هو الغبطة نظرا الى نقص
المعيب قلنا مثله في الخيار فان حكمة الخيار مع ان الاصل في البيع اللزوم لانه لم يوضع الا
لتملك كل من المتعاوضين مال الآخر انما هي امكان ان يتجدد لذي الخيار ما يوجب ارادة
الفسخ فلا يجد السبيل اليه فشرع الخيار لذلك ومن ثم يثبت في الحيوان ثلثة ايام من غير شرط
لان الحيوان مما يشتمل على امور خفية لا يطلع عليها ابتداء غالبا بخلاف غيره ولما امكن في غيره ذلك
شرع باشتراط الخيار وربما قد يتخلف من افراد العيب ما لا غبطة في رده بل الغبطة في قبوله
غالبا كخصاء العبد فانه عيب مع استلزامه زيادة القيمة ومثله الفسخ بخيار تجرد التبعيض والحكم
فيهما واحد وبالجملة فالقواعد الكلية في احكام الشرع غالبا خرجت لامور الحكمية عن بعض موضوعاتها
الجزئية وقد اشار في جامع المقاصد الى ما اوردناه من الايراد ايضا ثم حكى عن التذكرة انه فرق
بين ذينك الامرين بطريق آخر قائلا وفي التذكرة فرق بين الخيار والعيب بان العقد في زمن
الخيار متزلزل لا ثبات له ولا يتعلق حق الغرماء بالمال وتضعف تعلقهم بخلاف ما اذا خرج
معيبا واذا ضعف التعلق جاز ان يعتبر شروط الغبطة ثم اورد على هذا الفرق ايضا بان التزلزل
مشترك فيهما فالفرق بحكم انه لا يشترط في ذلك وهو المسالك وربما يستفاد من الارشاد
وجامع المقاصد ايضا والمسئلة محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط وان كان القول الثاني
في غاية القوة وينبغي التنبيه على امرين الاول الحق بخيار الشرط فيما ذكر جميع الخيارات
الثابتة قبل التفليس لشمول ادلة كان الرد والامضاء اصلح لصاحب الدين اما لحصول
وفاء دينه بذلك او لسهولته فهل يجب على المديون مراعاة الاصلح بحيث يترتب على المخالفة الحكم
التكليفي وهو الحرمة والحكم الوضعي وهو الفساد او لا فلا يكون بالمخالفة آثما ولا آتيا بشيء
فاسد فيه اشكال ولكن احتمال ترتب الاثم بالمخالفة في غاية القوة لان قضاء الدين عند مطالبة
صاحبه اياه واجب مطلق فيجب تحصيل مقدماته فاذا اخل بها او بواحد منها ترتب عليه الاثم

سواء

سواء قلنا بان مقدمة الواجب واجبة بالمعنى المتعارف ام لا واذا خالف عمدا او سهوا فاحتمال الصحة
في غاية القوة عملا بالاصل واطلاق الادلة الدالة على ثبوت الخيار من النصوص والفتاوى فتح
منهل صرح في الشرايع والارشاد والقواعد والتذكرة بانه لو كان للمفلس حق فقبض
دونه كان للغرماء منعه وهو حسن ان كان المراد اخذ بعض الحق واسقاط الباقي وقد صرح بكونه
ممنوعا بهذا المعنى في لك مدعيا ظهوره ومعللا بانه تصرف مبتدا فلا يمكن منه وعلى هذا
لو تمنع من الرد بالعيب السابق تبرعا وسبب حادث لزم الارش ولم يملك المفلس اسقاطه
كما صرح به في كره معللا بان ذلك تصرف في مال يجب له بالاتلاف بغير عوض وهو ممنوع من
الاتلاف بالعوض فبغيره اولى وان كان المراد قبض بعض الحق في ذلك المجلس وتاخير الباقي
الى وقت آخر لا يفوت فيه غرض الغرماء ففيه اشكال وصرح في لك وجامع المقاصد بانه
انما يكون لهم منعه حيث لا يلزم من قبض البعض اذا بدله من عليه الحق كثمن المبيع فلو كان الحق
عوضا عن دين او اتلاف كان له قبض البعض وصرح في لك بان نسبة القبض اليه على طريق
المجاز فانه لا يمكن من قبض المال لاقتضاء الحجر ذلك وانما المراد اثبات تسلطه على الحكم المذكور
وانما القابض غيره منهل لو اقرض المفلس انسان مالا بعد الحجر او باعه بثمن
في ذمته المفلس وكان ذلك الانسان المقرض والبايع عالما حين العقد بالحجر على ذلك
المفلس صحت المعاملة ولزمت ولم يشارك سائر الغرماء وكان القرض والثمن ثابتا في ذمة
المفلس الى ان يوفي وقد صرح بذلك في الشرايع والارشاد والقواعد ولك ولهم وجوه منها
الاصل ومنها ظهور الاتفاق عليه ومنها تصريح لك بان الحكم المذكور موضع وفاق
ومنها انه بذلك من اقدم على دينه حيث علم اعساره وتعلق حق الغرماء باموالهم
واما الجاهل بالحجر ففيه احتمالان احدهما انه كالعالم فلم يشارك سائر الغرماء وينفذ منه المفلس
مشغولا الى ان يوفي فيجب الصبر على صاحب الدين وهو صريح التذكرة وجامع المقاصد ولك
وظاهر اطلاق الشرايع والقواعد والارشاد والتبصرة ولهم وجوه منها ما ذكره في لك من تعلق

حق الغرماء الموجودين عند الحجر بالمال وان كانت متجددة بناء على تعلق الحجر بالمتجدد من ماله فلا
له الضرب معهم ولا اخذ عين ماله ومنها ما ذكره في جامع المقاصد قائلا ان الفسخ على خلاف الاصل
فيقتصر فيه على موضع الدليل والضرب مع الغرماء تقتضي بطلان حقهم من عين المال التي سبق
تعلق حقهم بها ومنها ما ذكره في جامع المقاصد ايضا ان البائع اضر بنفسه وغرر بماله حيث
باع قبل ان يستعلم حال المشتري فكان ذلك رضى منه والى الاشارة في التذكرة وثانيها
ان للبائع والمقرض الفسخ والاختصاص بما له ولم اجده قائلا نعم اشار اليه في جامع المقاصد
ولك ويدل عليه امور منها ما صرح به من عموم قوله عليه السلام صاحب المتاع احق به اذا وجده
بعينه واجاب عنه في الاول بان العموم ممنوع فان المورد من سبقت معاملته ومنها
عموم ما دل على نفي الضرر وكذا منها فحوى ما دل على ثبوت خيار العين او عموم وثالثها
الضرب مع الغرماء والشركة معهم ولم اجده قائلا نعم وانا اشار اليه في جامع المقاصد ولك
ووجهه امران احدهما ما ذكر فيها من ان لحقا ثابتا في الذمة مع غرم فيضرب كسائر
الغرماء وثانيهما ما ذكر فيها ايضا انه لا يصلح انهم قد ادخل في مقابل الثمن مالا يطيف
بالثمن اذ ليس ثابتا عن بلده بازائه لهم وضعف الوجهين في ذلك قائلا وضعفهما لوجهان
بما تقدم من تعلق حق الغرماء بالمال وان كان متجددا فعل هذا الغرم مع الوجهين منشأ فان
لا انه ان كان غرما اختص بعض المال لم يكن غرما لم يضرب منهل لو اتلف المفلس بعد
الحجر عليه مالا لغيره يجب بضربها مشاركة صاحب المال سائر غرماء المفلس كما صرح به في
الشرائع والارشاد والقواعد والتبصرة وجامع المقاصد ولك ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق
عليه وان كانت عبارة كرة ومجمع الفائدة تشعر بالتوقف هنا ومنها ما ذكره في جامع المقاصد
ولك من انتفاء رضا المجني عليه بخصوص ثبت عند المفلس على وجه قهري فيثبت له استحقاق
الضرب كسائر الغرماء والى الاشارة في كرة بقوله لانه لم يوجد منه تقصير فيعتد بكلفه بالانتظار
ومنها ما صرح به في مجمع الفائدة قائلا ولعله لانه غرم فيثبت له ما للغير لعموم الخبر الدال على القسمة

والادلة

والادلة الدالة على وجوب عوض المتلف ومنها فحوى ما دل على ان الجاهل بالحجر اذا باع
المفلس بعد الحجر عليه شيئا شارك سائر الغرماء كما اشار اليه في لك فتأمل لا يقال
يدفع ما ذكرنا ما صرح به في التذكرة ومجمع الفائدة من تعلق حق الغرماء باعيان امواله فكانها صارت
لهم فلا مال الا للمفلس المتلف فلا يضرب الا المتلف لانا نقول ما ذكر لا يصلح للدفع كما لا يخفى
وصرح في عد وجامع المقاصد ولك بانه يحاص به على النفس المحض مسراو على الطرف حكمه حكم
اتلاف المال وصرح بهذا في الغنية ايضا وهو جيد منهل لا تحل الديون المؤجلة با
لحجر على المفلس كما صرح به في الغنية والشرائع والارشاد ولف والمعتبر ولك وضه ومجمع
الفائدة والكفاية وقد صرح فيها وفي لف ولك بدعوى الشهرة عليه واحتج عليه في الغنية
ولف ولك وضه ومجمع الفائدة بان الاصل بقاء ما كان على ما كان ولم يثبت كون الحجر
موجبا للحلول وحكي في لف والمعتمد ولك وعن ابن الجنيد القول بالحلول هنا قياسا على
الدين على الميت واجاب عنه الاول والثالث من جهة بوجود الفارق بتحقق الضرر على الورثة
ان منعوا من التصرف الى حلوله وصاحب الدين ان لم يمنعوا بخلاف المفلس منهل
لا اشكال في تعلق الحجر بالمال الموجود حال الحجر وقد صرح بنفي الخلاف فيه في التذكرة وغيرها
وهل يتعلق الحجر بالمال المتجدد بعد الحاصل باصطياد واتهاب وقبول وصية ونحو ذلك
ويجب للحاكم ان يحجر عليه نصيحة او عموم شامل للموجود والمتجدد اولا فيه احتمالان احدهما
ان الحجر يتبع تعلقه به فاذا نص الحاكم على الحجر عليه او كانت عبارته شاملة للحجر عليه تعلق
الحجر به كما تعلق بالموجود وقد صار الى هذا الاحتمال في الارشاد وعد والتحرير والتذكرة ومجمع
الفائدة ويدل عليه ما تمسك به في التذكرة ومجمع الفائدة من ان المقصود من الحجر ايصال الحقوق
المستحقين اليهم وهذا لا يختص بالموجود عند الحجر وفيه نظر اما اولا فلانه قياس لعدم معلومية
العلة المذكورة بوجه من الوجوه ولا هو ظاهر من الخطاب الشرعي بشيء من الدلالات الثلث
ولا اولوية هنا مطلقا واما ثانيا فلان القياس هنا مع الفارق وقد وا ما ثالثا فللمعارضة

بما اشار اليه الاشارة فتم وثانيهما ان الحجر لا يصح تعلقه به ووجهه ما صرح به في مجمع الفائدة ان
عدم الحجر وان الناس مسلطون على اموالهم عقلا ونقلا وقد ثبت عموم الحجر وعدم التسلط
في الموجود حال الحجر بالاجماع وبقي غيره على اصله لا يقال يدفع ما ذكره انه لا قائل بعدم الاحتمال
بل يظهر من التذكرة دعوى اتفاق اصحابنا على بطلانه لانه صرح بان الوجه الثاني للشافعي
قائلا الوجه الثاني ان الحجر لا يتعدى الى المتجدد على المفلس لقصر بيع عن التصرف فيما عنده فلا
يتعدى الى غيره كما ان حجر الراهن على نفسه في العين المرهونة لا يتعدى الى غيرها اذ لو كان لاحد
من اصحابنا قائلا به لكان اولى بالاشارة اليه لانا نقول مجرد عدم ظهور القائل بعدم الاحتمال
في هذه المسئلة التي لم يتعرض لها الا قليل من الاصحاب لا يفيد الظن بالاجماع فضلا عن العلم به
على انا لم نجد قائلا بالاحتمال الاول وهو ظاهر في عدم ظهور الاجماع لو فاذن هذا الاحتمال في غاية
القوة ولكن الاحوط مراعاة الاول وينبغي التنبيه على امور الاول صرح في مجمع الفائدة بعد
الاشارة الى محل الاحتمال بان التحقيق ان يقال ان كان المراد شمول حجر الحاكم لذلك المال
شرطا كان كلامه في حجر شاملا له يتعدى اليه الحجر مثلا ان يقول حجرتك عن جميع التصرفات
المالية والا فلا لانه قد ثبت ان الحجر لا بد فيه من حكم الحاكم وانه لا يثبت بدونه فان كان شاملا
له ثبت والا فلا وهو ظاهر وان كان المراد انه هل يحجر عن جميع المال الموجود والمتجدد ح حتى يؤدي
الديون فالظاهر التعدي لان دليل الثبوت وشرطه ثابت وان كان المراد هل للحاكم ان
يحجر ثانيا في ذلك المال المتجدد بانه فالظاهر التعدي بمعنى ان له الحجر عليه فيه ايضا بالشرائط
المتقدمة وان لا فرق فلا مانع ولا يمنع من ذلك ثبوت الحجر على غيره وهو انه فانه صحيح وفيما ذكره
نظر الثاني لا يثبت الحجر على المفلس الا بحكم الحاكم كما صرح به في الشرائع والارشاد والجامع
ولك وقد صرح في الاخير بنفي الخلاف فيه وصرح في الشرائع والقواعد والارشاد بانه يزول الحجر
على المفلس بعد ثبوته بمجرد الاداء فلا يفتقر الى حكم الحاكم وعلله في الاول بزوال سببه وسيأتي
تحقيق الكلام في المسئلة الثالث صرح في الشرائع والجامع انه لا يزول المفلس الحاكم وهو جيد

القول في

القول في اختصاص الغريم بعين ماله منهل من افلس وحجر عليه الحاكم وكان من جملة ماله
عين اشتراها من غيره ولم يقبضه ثمنها فوجدها عنده فهل للبايع ان ياخذها منه ولا يضرب
مع سائر الغرماء ح او ليس له الا الضرب مع الغرماء ولا اختصاص له بها اختلف الاصحاب
في ذلك على قولين الاول ان للبايع اخذ العين ح وان له الاختصاص بها مط ولو لم يكن هناك
وفاء وهو للغنية والشرائع والتذكرة والتبصرة والتحرير والارشاد والقواعد واللمعة وجامع
المقاصد ولك ومجمع الفائدة والكفاية والمحكي في لف عن ابن الجنيد والشيخ في خ وابن ادريس
وابن البراج الثاني انه لا اختصاص للبايع ح الا ان يكون هناك وفاء وهو للمحكي في لف عن
الشيخ في النهاية والاستبصار وفي المبسوط ثم صرح بان قول الشيخ لا يخلو عن قوة للقول الاول
وجوه منها تصريح الغنية وجامع المقاصد بدعوى الاجماع وبعضها اولا تصريح لك و
الكفاية وغيرهما بدعوى الشهرة عليه وثانيا انه لم يحك [illegible] خلافا هنا الا عن ابي حنيفة
ومنها ما تمسك به في لف من انه لم يسقط العوض فكان له الرجوع الى العوض دفعا
للضرر ومنها ما تمسك به في التذكرة من ان هذا العقد يحتمل الفسخ بتعذر العوض فكان
له الفسخ كما لو تعذر المسلم فيه ومنها ما تمسك به في التذكرة ايضا من انه لو شرط في البيع
رهنا فعجز عن تسليمه استحق البايع الفسخ وهو وثيقة بالثمن فالعجز عن تسليم الثمن
اولى ومنها ما تمسك به في التذكرة ولف ومجمع الفائدة والكفاية من خبر عمر بن يزيد
الذي وصف فيما عدا الاول بالصحة بل حكي عن الاول التصريح بصحته ايضا عن ابي الحسن عليه السلم
قال سالته عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال لا يحاصه الغرماء و
يؤيده روايات احدها ما اشار اليه في التذكرة قائلا بعد الاشارة الى القول الاول وبه قال
في الصحابة علي عليه السلم وعثمن وابو هريرة وفي التابعين عروة بن الزبير ومن الفقهاء مالك
والاوزاعي والشافعي والعنبري واحمد واسحق وثانيها ما اشار اليه في التذكرة قائلا روى
العامة عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال اذا افلس الرجل ووجد البايع سلعته

بعينها فهو احق بها من الغرماء ومنها ما اشار اليه في لك من خبر آخر لابي هريرة عن رسول الله ص
ايما رجل مات او افلس فصاحب المتاع احق بمتاعه اذا وجده بعينه ولعله لهذه الرواية
صح في ذلك بدلالة النصوص على هذا القول وللقول الثاني وجوه منها ما تمسك
به الشيخ في ب على ما حكي من ان دينه ودين غيره متعلق بذمته وهم مشتركون
في ذلك فلا وجه للتخصيص واجاب عنه في لف بان وجه التخصيص ظاهر وهو النص
والحكمة فظاهرة فانه قد وجد عين ماله ولم يحصل له العوض فكان له التسلط على ا
خذها بخلاف غيره اذ الذمة محل دونهم ومنها ان البائع كان له الامساك لقبض
الثمن فلما سلمه قبل قبضه فقد اسقط حقه من الامساك فلم يكن له ان يرجع في ذلك
بالافلاس كالمرتهن والبائع وفيه نظر واضح ومنها ما ذكره في مجمع الفائدة من ان الرجوع
الى العين خلاف القواعد من وجوب الوفاء بالعقود ولزومها بالنص والاجماع
وانتقاله اليه في لف بعد لاحتج الشيخ بان المال قد انتقل اليه فلا يعود الى مالكه الا بوجه
شرعي ثم اجاب عنه بان الوجه الشرعي ظاهر وهو النص ومنها خبر ابي ولاد الذي وصف
بالصحة في لك ومجمع الفائدة والكفاية قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل باع من
رجل متاعا الى سنة فمات المشتري قبل ان يحل ماله واصاب البائع متاعه بعينه
له ان ياخذه اذا تحقق له قال فقال ان كان عليه دين وترك نحوا مما عليه فليأخذ اذا
تحقق له فان ذلك حلال له ولو لم يترك نحوا من دينه فان صاحب المتاع كواحد ممن
له عليه شيء ياخذ بحصته ولا سبيل له على المتاع واجاب عنه في لف ولك ومجمع الفائدة
بان الرواية غير دالة على مطلوب الشيخ لانها واردة في غريم الميت وهو ليس من محل البحث
سلمنا شمول الرواية لمحل البحث ولكنها لا تصلح لمعارضة ما دل على القول الاول وهو المعتمد
عندي وينبغي التنبيه على امور الاول ان مقتضى القول الاول هو تسلط الغريم على اخذ
ماله سواء لم يكن هناك وفاء ام كان وقد يورد على هذا بان شرط الحجر القصور فكيف

يتصور

تصور الوفاء واجاب عنه في لك وجامع المقاصد قائلين يمكن تجدد الوفاء وان كان في ابتداء
الحجر قاصرا عن الدين اما بارتفاع او اكتساب او ارتفاع قيمة امواله او نمائها فلا يرد ان شرط
الحجر القصور فكيف يتصور الوفاء ويمكن هنا ايضا ان يكون الدين اما يزيد عن امواله
مع ضميمة الدين المتعلق بمتاع واحد فاذا خرج دينه من بين الديون ومتاعه من بين امواله
صارت وافية بالديون الباقي هل يجوز للغريم في محل البحث ان ياخذ عين ماله او يضرب
مع الغرماء بدينه فيكون مخيرا بين الامرين اولا بل يتعين له اخذها لم يصرح بالاول في الشرائع
والارشاد والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة والجامع وجامع المقاصد ولك والكفاية بل الظاهر انه
مما لا خلاف فيه بين محققي اصحابنا وقد صرح بذلك بعض الفضلاء قائلا لا يخفى ان ما
ذكروه من الخيار في صورة جواز اخذ العين في الحي او الميت وانه مخير بين اخذ العين
او الضرب مع الغرماء ولا اعرف له دليلا واضحا فان الروايات انما اشتملت على اخذ
العين بل ظاهرها ان ذلك هو مقتضى الحكم شرعا وان ان ذلك محمول على الرخصة ان
اختاره والا فسبيله سبيل الغرماء وكما هو ظاهر كلامهم فلا اشارة في الاخبار المذكورة
اليه فضلا عن الدلالة عليه ولربما لم يرض الغرماء بذلك وظاهرهم انه ليس لهم لو
ارادوا رضوا ام لم يرضوا وهو مشكل لعدم ظهور الدلالة عليه من هذه الاخبار بل ظاهرها
كما عرفت انما هو اختصاصه بمتاعه وبالجملة فان الاصل عدم المشاركة وانما يحتاج
الى دليل وظاهرها انه اختصاص بعين ماله فلا يشاركه الغرماء فيها وهو اعم من
ان ينقص على اخذ العين ويشاركهم ويضرب معهم ويشاركونه في تلك العين كما يشاركهم
في غيرها فان نفي المحاصة في الروايتين اعم من الامرين المذكورين وفيما ذكره نظر اما
اولا فلما بيناه من ظهور اتفاق الاصحاب على الحكم بالتخيير فانا قد نقض بعضهم على اخذ العين و
اما ثانيا فللمنع من دلالة الروايات التي اشار اليها على تعين اخذ العين وعدم التخيير بين
الامرين لورود الامر والنهي فيها مورد توهم الحظر فلا يفيدان سوى الرخصة سلمنا ولكن

وفي مجمع الفائدة

انتفا ل

ينبغي تقييد اطلاقهما بصورة ارادة اخذ العين واما الثالث فلان الاصل عدم الفسخ وعدم
الملك فالاصل المشاركة لا عدمها سلمنا ان الاصل يقتضي عدم المشاركة ولكن اصالة
عدم الفسخ اولى بالترجيح لاعتضاده بعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وبظهور عدم الخلاف
المتقدم اليه الاشارة فاذن المعتمد ما صرح به الجماعة المتقدم اليهم الاشارة الثالث
هل الخيار هنا على الفور فلو علم بالحجر ولم يفسخ ولم يسترد عين ماله بطل حق رجوعه
فيضرب بدينه مع الغرماء او على التراخي فيهما ان اراد الرجوع الى عين ماله جاز له فيه قولان
احدهما ان الخيار هنا على التراخي وهو للشرائع والتحرير والمسالك وثانيهما انه على الفور
وهو للقواعد والتذكرة وجامع المقاصد وظاهر الكفاية التوقف في المسئلة وللاولين
وجوه احدها ما صرح به في جامع المقاصد والمسالك من اصالة بقاء الخيار واستصحابه وفيه
تعارض اصالة بقاء الملك على مالكه وفيه نظر وثانيها اطلاق قوله عم في صحيحة عمر
بن يزيد المتقدمة واليه اشار في المسالك وجامع المقاصد وثالثها ظهور عبارة الغنية
في دعوى الاجماع على التراخي وللاخرين وجوه ايضا احدها ما اشار اليه في جامع المقاصد
والمسالك من ان الاصل في البيع اللزوم ووجوب الوفاء بالعقد لظاهر قوله تعالى اوفوا بالعقود
فيقتصر في الخروج عن مقتضى الاصل وظاهر الاية على ما يندفع به الضرورة والى ما ذكرنا اشار
في التذكرة بقوله الاقرب ان هذا الخيار على الفور لان الاصل عدمه فيكون الاصل عدم بقائه
لو وجد وفيه نظر لما ذكره في جامع المقاصد والمسالك من دلالة النص على ثبوت الخيار فيكون
مخرجا لهذا الفرد عن الاصل وعموم الاية وثانيها ما اشار اليه في جامع المقاصد قائلا ويمكن
ترجيح الفورية بانها الاشهر في كلام الاصحاب وفيها حجية بين المحققين فالقول بالفورية قريب وفيما
ذكره نظر لان الظاهر من اطلاق اكثر عبارات الاصحاب هو التراخي ومن جملتها عبارة الغنية
المتضمنة لدعوى الاجماع على اصل جواز الرجوع فلا يبعد ان يدعى ان الاشهر هو التراخي و
ثالثها ما تمسك به في التذكرة قائلا ولانه خيار ثبت في البيع لنقص العوض فكان على الفور

كالرد بالعيب والشفعة وضعفه ظاهر ورابعها ما تمسك به في التذكرة ايضا قائلا ولان القول
بالتراخي يؤدي الى الاضرار بالغرماء من حيث انه يؤدي الى تاخير حقوقهم وفيه نظر
والمسئلة لا تخلو عن اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط ولكن القول الاول اقرب
الرابع هل يشترط في رجوع الغريم الى عين ماله حجر المديون فلو مات ولم يكن تركته
تفي بجميع ديونه فليس للغريم الرجوع الى عين ماله بالاختصاص بل مع سائر الغرماء فغرماء الميت
سواء في التركة بحيث لا تفي بالديون فتقسم بينهم على نسبة الديون سواء في ذلك
صاحب العين وغيره او لا بل الميت كالحي في الاختصاص بعين المال اختلف الاصحاب على
قولين الاول ان غرماء الميت سواء في التركة وهو للنهاية والشرائع والتبصرة والارشاد
والتحرير ولف وكرة والدروس واللمعة وجامع المقاصد والروضة والمسالك والكفاية والمحكي
في لف عن ابن ادريس وصرح في لك بانه المشهور بين الاصحاب بل حكاه في س وفي الجامع
عن الاصحاب الثاني ان غرماء الميت كغرماء الحي فاذا وجد احدهم بعد وفات المديون
عين ماله اختص بها ولا يحاصه سائر الغرماء وهو المحكي في جملة من الكتب عن ابن الجنيد
للقول الاول وجوه منها ما تمسك به في لف من انه مديون فيقسم تركته على الديون
بالحصص لعدم اولوية البعض ووجدان العين لا يوجب التخصيص لنقصان التركة فكان
كفاقدها ومنها جملة من الاخبار احدها ما تمسك به في لف وكرة وس ولك ونصه
والكفاية من صحيحة ابي ولاد المتقدمة وثانيها خبر جميل الذي وصفه بعض الاجلة با
لصحة عن بعض اصحابنا عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل باع متاعا من رجل فقبض المشتري
المتاع ولم يدفع الثمن ثم مات المشتري والمتاع قائم بعينه فقال اذا كان المتاع قائما بعينه
رده الى صاحب المتاع فقال ليس للغرماء ان يحاصوه وثالثها رواية ابي بصير عن ابي عبد الله
انه سئل عن رجل كانت عنده مضاربة ووديعة واموال ايتام وبضايع وعليه سلف لقوم
فهلك وترك الف درهم او اكثر من ذلك والذي للناس عليه اكثر مما ترك فقال يقسم

[illegible]

لهؤلاء الذين ذكرت كلهم على قدر حصص اموالهم وللقول الثاني وجوه احدها ما ذكره
في لف من رواية عمر بن يزيد المتقدمة واجاب عنها بانها مطلقة وروايتا ابي ولاد
مفصلة والمطلق يحمل على المفصل واشار اليه في ضه ايضا وثانيها ما ذكره في لف ايضا
من انه واجد للعين فكان اولى كالمفلس واجاب عنه بان الفرق بينه وبين المفلس
ظاهر اذ المفلس له ذمة يمكن ان يرجع صاحب الحق عليها بخلاف الميت واشار اليه في لك
وثالثها ما ذكره في لف ايضا من انه لم يسلم له العوض فكان له الرجوع الى المعوض دفعا
للضرر واجاب عنه بان الضرر يجبر بالذمة بخلاف الميت فالاقرب عندي في المسئلة
هو القول الاول وان كان في تركة الميت وفاء للديون جاز للغريم ان ياخذ عين
ماله كما صرح به في النهاية ويع والارشاد والتحرير ولف وكره وشرحي اللمعة وجامع المقاصد
وضه وهو ظاهر التنقيح وحكاه في لف عن ابن الجنيد بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بين
الاصحاب كما اشار اليه في الجامع بقوله رواه اصحابنا ولا فرق في ذلك بين ان يموت
بعد الحجر عليه او قبله كما صرح به في التحرير ولك وضه والكفاية وصرح فيها بانه المشهور
معللا في الاولين بان الموت بمنزلة الحجر مع الوفاء ثم نقل فيها عن الاول عن بعض اختصاص
الحكم بالمحجور ثم دفعه باطلاق النص الخامس هل يشترط في رجوع الغريم الى عين ماله
حيث يكون المديون حيا كونه محجورا عليه فلو لم يحجر عليه الحاكم لم يجز الرجوع وان كانت
امواله قاصرة عن ديونه او لا بل يجوز له الرجوع بمجرد قصور امواله عن وفاء الدين وان
لم يحجر عليه الحاكم يظهر من اطلاق الغنية ويع والتبصرة وعد والتحرير ولف والجامع والكفاية
وغيرها الثاني لتصريحها بان من وجد عين ماله كان له اخذها ويدل عليه اطلاق صحيحة
عمر بن يزيد وصحيح بعض الاجلة بانه لا اشعار في الروايات هنا بالحجر في الميت ولا في
الحي بل لا دليل عليه مطلقا ومقتضى كلامهم في الحي لا بد من حصول الحجر مع ان اطلاق
النصوص المذكورة يدفعه وفيما ذكره من ان مقتضى كلامهم التوقف على الحجر نظر لما عرفت

من ان مقتضى

من ان مقتضى اطلاق اكثر العبارات هو الاحتمال الثاني الا ان يدعى انصرافها الى صورة
الحجر لكونه مذكورا في كتاب المفلس وفيه نظر واضح فاذن الاحتمال الثاني في غاية
القوة ولكن مراعاة الاحتياط اولى لظهور جمع الفائدة وعدم في دعوى الشهرة على
الاحتمال الاول ولما اشار اليه في كره قائلا المنع من التصرف يفتقر الى حكم الحاكم بالحجر
اجماعا فلو لم يحجر عليه الحاكم نفذت تصرفات المفلس باسرها وليس للغرماء منعه من
شيء منها الا بعد حجر الحاكم عليه اما الرجوع الى عين المبيع او عين المقرض وغير ذلك
من امواله التي هي معاوضات الديون فهل يفتقر صاحبها الى سبق الحجر كمنع التصرف
ام لا فيه اشكال ينشأ من قوله عم ايما رجل مات او افلس فصاحب المتاع احق بمتاعه
اذا وجد بعينه الذي رواه العامة اثبت الاحقية بمجرد الافلاس ومن طريق الخاصة
رواية عمر بن يزيد ولم تشترط فيها الحجر ومن انه مال انتقل اليه بعقد شرعي فلا يخرج
عنه الا بوجه شرعي ولا وجه الا الحجر فانه يمنعه من التصرف فيه فيتحقق ح اولوية
البايع والمقرض وغيرهما بعين اموالهم على ان الاحقية وحديث العامة لا تقتضي الاخذ
بدون الحجر لجواز ان يكون احق على معنى ان له التمكن من الرجوع الى عينه بسلوك الا
سباب المقتضية له ومن جملتها طلب الحجر والافلاس بعد الاحقية وكذا في حديث
الكاظم ع في قوله ع لا يحاصه ما انه لا يقتضي جواز الاخذ من غير حجر وقد يناقش في منعه
من دلالة الخبرين الذين اشار اليهما على عدم التوقف على الحجر بانهما ظاهران في ذلك
باطلاقهما كما لا يخفى مع انه لو كان الحجر شرطا لوقع التنبيه فيهما عليه لان المقام مقام
الحاجة الى بيانه ولا يجوز تاخير البيان عن وقت الحاجة ويعضد ما ذكرنا اولا ظهور
كلام الاكثر في عدم التوقف على الحجر وثانيا ان الغالب في احكام المعاملة عدم
التوقف على الحجر فكذا محل البحث عملا بالاستقراء وثالثا ان الحكم المسوغ للرجوع
لا يختلف بالحجر وعدمه كما لا يخفى السادس صرح بعض الاجلة بان الرجوع الى العين

[illegible]

المفلس

مشروط عندهم بشروط ثلثة الاول تعذر استيفاء تمام ثمن العين الذي في ذمته
الا من العين فلو كان في ماله وفاء مع كونه مفلساً بان نما المال بعدما او وجد مالا
اخرا وحصلت الزيادة بسبب ارتفاع القيمة السوقية وصارت القيمة على من وقت
الحجر فلا رجوع له الى العين اذ سبب الرجوع انما هو تعذر الثمن والفرض انه ممكن بناء
على ما ذكرناه وثانيها كونه مفلساً محجوراً عليه للفلس فلو كان غير مفلس محجور عليه
للفلس فان الحكم فيه كما في غيره من اصحاب الديون فان كان قادرا على الاداء امتنع حبسه
الحاكم حتى يوفي او يبيع ماله ويوفي عنه ومع تعذر الحاكم يمكن الاخذ منه مقاصة و
ان لم يكن قادرا فالاشهر الاظهر الصبر عليه ويدل عليه جملة من الاخبار وثالثها
كون المال حالا حين الحجر فلو كان مؤجلا يومئذ فلا رجوع له لان الحجر لا يحل الديون
المؤجلة عليه وانما تحل بالموت خاصة والعين المذكورة وغيره قد تعلق بها حق
الغرماء الذين حجر لاجلهم وصاحب هذا الدين لكونه مؤجلا ليس منهم بل وجوده كعدمه
وقد صرح في مجمع الفائدة ايضا بان المشهور ان الرجوع مشروط بالشروط الثلثة التي ذكره
السابع هل المراد بالرجوع الفسخ او قصد الوفاء صرح بالاول في مجمع الفائدة واستفاد
من التذكرة ايضا وانما دفعنا اليه به تحقق الفسخ فآلة الفسخ قد تحصل بالقول
كما ينعقد البيع به وصيغته الفسخ فسخت البيع ونقضته ورفعته ولو اقتصر على قوله
رددت الثمن او فسخت البيع ففيهما اشكال اقربه الاكتفاء وقد يحصل بالفعل كما لو
باع صاحب السلعة سلعته او وهبها او وقفها وبالجملة اذا تصرف فيها تصرفا يدل على
الفسخ كوطي الجارية المبيعة على الاقوى صونا للمسلم عن فساد التصرفات ويكون هذه
التصرفات يدل على حكمين الفسخ والعقد وما ذكره من حصول الفسخ بالقول والفعل
هو الاقرب ولا يشترط في القول لفظ مخصوص بل يكفي كل لفظ دل عليه ولو بالالتزام
وكذا لا يشترط في الفعل فعل مخصوص بل يكفي كلما دل عليه ولكنه يشترط ان يكون

الدلالة

الدلالة قطعية ولا يكفي الظن بخلاف القول الثامن صرح في التذكرة بانه لا يختص الرجوع
بالبيع بل يثبت في غيره من المعاوضات وهو جيد التاسع صرح في التذكرة ايضا
بانه لا يفتقر الخيار هنا الى اذن الحاكم بل يستبد به الفاسخ من غير حاجة الى حكم
الحاكم محتجا بانه ثابت بالنص بالسنة الصحيحة كخيار المراة في فسخ النكاح و
العتق وبوضوح دلالة الحديث على ذلك وهو جيد العاشر صرح في مجمع
الفائدة بان الظاهر انه لو بقي له بعض الثمن ووجد عين ماله اخذ بعضه با
بحساب الكل وفيما ذكره نظر لاصالة عدم جواز الفسخ باعترافه وهي سليمة
هنا عن المعارض لظهور النصوص والفتاوى المتضمنة لتجويز الرجوع في غير محل
البحث فتم وكيف كان فالاحوط ترك الرجوع بل لعله في غاية القوة
منهل اذا وجد البايع عند المفلس المشترى بعض مبيعه فلا يخلو
اما ان يكون البعض الفائت مما يتقسط عليه الثمن بمعنى يقسط عليه وعلى الباقية
بالنسبة وهو الذي يصح افراده بالبيع كعبد من عبدين وثوب من ثوبين ونصف
ثوب اولا يكون كذلك كيد العبد وعلى التقديرين فاما الفائت ان يكون تلفه
بافة سماوية وامر من غير الانسان او بجناية اجنبي او بجناية المشترى او بجناية
البايع فالصور ثمان فان كان البعض الفائت له قسط من الثمن بالمعنى
الذي ذكرناه فهل للبايع ان ياخذ الباقي بحصته من الثمن ويضرب مع الغرماء
بحصة التالف ولا صرح بالاول في المبسوط والغنية والشرايع والارشاد
والقواعد والتحرير والتذكرة والجامع واللمعة بعد ذلك وهو المعتمد
سواء كان بافة سماوية او بجناية البايع او المشترى وغيرهما كما هو ظاهر اطلاق الجماعة
المشار اليهم ولهم وجوه منها تصريح لك وغيره بانه لا خلاف في ذلك عندنا ومنها
ما تمسك به في التذكرة ولك وغيرهما من ان الموجود يصدق عليه انه عين ماله فله

اخذها لقوله ع من ادرك متاعه بعينه عند انسان قد افلس فهو احق به ومنها
انا نمسك به في التذكرة من انه مبيع وجده بعينه فكان للبايع الرجوع فيه كما لو وجد
جميع المبيع واعترض في جامع المقاصد على ما ذكروه من الحكم اولا بان اخذ الباقي
بحصته من الثمن ان كان على طريق المعاوضة توقف على رضى المستحقين وصدور
العقد على الوجه المعتبر شرعا ولا يقول له احد وان كان على جهة الفسخ فلا معنى لاخذه
من الثمن بل نفسخ ويأخذ وفيه نظر فان الظاهر ان المراد من الاخذ من الثمن حل
ان المراد ان الديون تتوزع من الدين المستقر في ذمته بمقدار ما يختص بما
لما ذون عند تقسيط الثمن الذي هو مجموع الدين فيبقى في ذمة المديون مشغوله
بحصة التالف من الثمن وهذا معنى صحيح لا غبار عليه فتم وثانيا بان الفسخ فيه
وحده نقتضي تبعض الصفقة وذلك غير جائز وفيه نظر لعدم الدليل على عدم جوازه
بل الدليل وهو اصالة لزوم البيع بالنسبة الى التالف تقتضي جوازه فتم وثالثا
بما اشار اليه بقوله معترضا على ما في القواعد انه اطلق الضرب بحصته من الثمن
وذلك لا يستقيم على اصله بل يجب ان يقيده بما اذا كانت القيمة ازيد من الثمن
هربا من محذور اجتماع الثمن والمثمن فان ساوت ونقصت فيجب عنده الضرب
بنقصانها ثم صرح بان الذي يقتضيه النظر انه يفسخ المعاوضة مطلقا او يترك
مطلقا حذرا من لزوم تبعيض الصفقة او يقال انه حيث يكون على المفلس ضرر
يفسخ في الموجود فيأخذه ويسقط حصته من الثمن ويبقى البيع في الاخر بحاله
فيضرب بحصته من الثمن وذلك حيث يكون القيمة ازيد من الثمن اما اذا كانت
انقص او مساوية فانه ينقص حصته عن القيمة ولا يمتنع ذلك لكون العقدين
بمنزلة البيعين نظرا الى ان لكل منهما قسطا من الثمن وان كان في الثاني مناقشة
لان المنع من تبعض الصفقة لحق كل منهما واطلاق كلام ابن الجنيد يقتضي

الفسخ في الجميع واخذ الباقي بقيمته ويضرب بقيمة التالف وقواه المص في لف وقوته بينة
ثم صرح بانه لا فرق بين كون التلف في هذه الصورة قبل الحجر او بعده معللا بان
الفسخ يوجب الرجوع الى مجموع العين ولكن صرح بعد ذلك بانه ينبغي ان يكون ما
ذكره المص والجامع مخصوصا بما اذا كان التلف قبل الحجر اما بعده فيحتمل ان يحلو
كتلف بعض المبيع في زمان الخيار ثم صرح بان الاعتبار بالقيمة حيث يعترض التلف
لانه وقت الانتقال الى البدل وهل يجوز في الصورة المفروضة ترك اخذ الموجود والضرب
بتمام الثمن مع الغرماء كما يجوز له اخذ الموجود بحصته من الثمن والضرب بقيمة التالف مع
الغرماء فيكون مخيرا بين الامرين المذكورين او لا يجوز له ذلك بل يتعين الثاني صرح
بالاول في الغنية والتحرير والتذكرة ولك بل صرح فيه كما في غيره بنفي الخلاف فيه بين
اصحابنا ولكن نظر الثاني من المبسوط وفقه الراوندي وعد والارشاد والجامع واللمعة وضة
لاقتصارها عليه بل تضمن جملة منها الامر به وفيه نظر بل الاقرب هو الاحتمال الاول
من التخيير بين الامرين المذكورين واذا كان التالف لا قسط له من الثمن كيد العبد
او شا نه او اخر انه بان وجده بعد البيع وعند ارادة الرجوع تعيب بيدها ويغيرها عن او
بغير اذن او نحو ذلك وكان النقص والتالف بآفة سماوية لا تفعل احد من البشر
فلا اشكال ولا خلاف على الظاهر في كون البايع مخيرا بين الرجوع الى عينه ناقصة
وبين ابقائها على حالها والضرب مع باقي الغرماء بتمام الثمن وهل يضرب مع الغرماء
في صورة الرجوع الى العين الناقصة بما نقص وبقيمة التالف كما في المسئلة السابقة
اولا بل ياخذها ناقصة من غير ضرب مع الغرماء بوجه من الوجوه اختلف الاصحاب في
ذلك على قولين الاول انه ياخذها ناقصة من غير ان يضرب مع الغرماء بنقصانه وهو
للشيخ في المبسوط والغنية والشرايع والارشاد وعد والتحرير والجامع ومجمع الفائدة وغيره
ادرسه وهو للمبسوط والغنية والشرايع والارشاد وعد والتحرير والجامع ومجمع الفائدة
وصرح في جامع المقاصد ولك بانه مذهب اكثر الاصحاب وصرح في مجمع الفائدة وغيره

الثمن ٣

بانه المشهور الثاني انه يأخذها مستحقا الارش للنقصان فيضرب به مع الغرماء كما اذا كان
الفائت مما يتقسط عليه الثمن كاحد العبدين وهو في جامع المقاصد وضه ولك والمحكي
في الآخرين عن ابن الجنيد وللعلامة للاولين وجوه منها ما تمسك به في جمع الفائدة
من ان الاصل براءة الذمة من وجوب دفع الارش والاصل بقاء عدم استحقاقه
ومنها ما تمسك به فيه ايضا من ان لزوم دفع الارش ضرر على المشتري والاصل عدمه
لعموم ما دل على نفي الضرر ومنها ما اشار اليه في جامع المقاصد ولك من ان البائع
لا حق له في العين الا بالفسخ المتجدد بعد العيب وما لحقه قبل الفسخ في الثمن فلم
يكن العين مضمونة فلم يكن له الرجوع بارش المتجدد وللآخرين ما تمسك به في جامع
المقاصد ولك وضه من ان الرجوع فسخ للمعاوضة وهو يوجب رجوع كل مال الى
صاحبه فان كان باقيا رجع به وان كان تالفا رجع ببدله كما ان ما كان كالتالف كما اذا كان
التالف احد العبدين مجموع والفرق بين الكل والبعض ضعيف كما صرح به في جامع المقاصد
لا يقال ان العين في يد المشتري لم تكن مضمونة للبائع فلا يترتب عليه ضمان بمجرد
الرجوع لانا نقول هذا مدفوع اولا بما ذكره في جامع المقاصد ولك من انه معارض
بما له قسط من الثمن الا ان يقال ذلك خرج بالدليل وقد تقدم اليه الاشارة ولولاه لكان
مقتضى الاصل المشار اليه عدم ضمان التالف وثانيا انه يجاب بان قوله ع على اليد ما اخذت
حتى تؤدي تقتضي ضمان التالف سواء كان ما يتقسط عليه الثمن ام لا وسواء كان التالف
بآفة سماوية او بفعل كل من البائع والمشتري او بفعل اجنبي وقد نبه اليه في جامع المقاصد
ولك وضه وحكي عن الاسكافي وللعلامة وقد يقال الرواية ضعيفة السند قاصرة الدلالة
فلا يجوز التمسك بها في اثبات حكم مخالف للاصل خصوصا مع اعتضاده بالشهرة العظيمة
فتم واما ثالثا فبما اشار اليه في جامع المقاصد ولك قائلين بعد تحرير الدليل المشار اليه
وقولهم ان العين في يد المشتري ليست مضمونة عليه معارض بما له قسط على انا لا نقول

انها مضمونة

انها مضمونة مطلقا بل بمعنى ان الفائت في يد المشتري يكون من ماله لان ذلك هو مقتضى
عقود المعاوضات المضمونة فاذا ارتفع عقد المعاوضة رجع كل من العوضين الى مالكه
او بدله وقد ناقش فيما ذكراه بعدم قيام دليل على انه اذا ارتفع عقد المعاوضة رجع
كل من العوضين الى مالكه او بدله بل هو اول الدعوى وقد اشار الى ما ذكر في مجمع الفائدة
قائلا بعد الاشارة الى تمسك المحقق الثاني والشهيد الثاني بالوجه المذكور وفيه تامل
لان الرجوع خلاف الاصل والفرض كما بائعا وشروط لها غاوا فقضى بعض اخبار الرجوع الى نفس
العين الباقية لا غير وفسخ العقد لا يستلزم ذلك خصوصا وقد صرح في يع وكره
بان المفسوخ انما يبطل بالعقد من حين وقوعه لا من رأسه كما انه لا يستلزم كون
النماء للواجد اذ قد حكم الشارع بفسخه والرجوع الى العين بنفسه لا بجميع ما يلزم اذا
كان له فانه قد سلطه المفلس عليه من غير لزوم شيء الا الثمن ولا يقال قولهم ان يد
العبد لا قسط لها من الثمن تقتضي عدم ضمانها عند تلفها لانا نقول هذا مدفوع اما
اولا فالمنع من حجية كلامهم لانه لم يبلغ حد الاجماع واما ثانيا فبما اشار اليه في لك قائلا
واما كون مثل اليد لا قسط لها من الثمن فان ارادوا ان الثمن لم يبذل في مقابلها
منه شيء ففساده ظاهر اذ لولاها لم يبذل جميعه قطعا وان ارادوا ان الثمن لا يتقسط
عليها وعلى باقي الاجزاء على نسبة الكثرة والقلة كالعشر في متساوي الاجزاء فانه يتقسط
عليه عشر الثمن وبحسب قيمته فيما يمكن افراده بالبيع كالعبد من عبدين فلا دلالة فيه
على مطلوبهم وقد نبه على بعض ما ذكره في جامع المقاصد قائلا على ان القول بان يد العبد
مثلا لا قسط لها من الثمن من الامور المستهجنة فان من المعلوم البديهي انه لولا وجود
اليد لم يبذل المشتري جميع الثمن المخصوص في مقابلة العبد وقد يقال غايته ما ذكراه منع
دلالة قولهم المذكور على القول الاول وهو لا يستلزم عدم الدليل عليه مطلقا بل هنا الدليل
عليه وهو الاقرب وان كان فوات ذلك الجزء الذي لا قسط له من الثمن بجناية اجنبي فتخير

البايع ح بين اخذ العين المعيوبة والضرب بارش العيب وبين الضرب بجميع الثمن وترك العين
كما صرح به في المبسوط والشرايع والارشاد والقواعد والتحرير والجامع وذلك ولهم وجوه
منها ظهور الاتفاق على ذلك كما اشار اليه بعض الاجلة واقتصار الغنية على الامر باخذ العين
والضرب بقسط ما نقص بالجناية مع الغرماء لا يقدح في ذلك ولذا لم يحك عنه احد من
الاصحاب هنا خلافا ومنها تصريح مجمع الفائدة بدعوى الاجماع على استحقاق البايع
للضرب بارش العيب ومنها ما حكاه في ذلك عن القائلين بما ذكر من ان الاجنبي لما
ثبت عليه ارش الجناية ولا ارش جزء من المبيع وقد اخذه المشتري فلا يضيع على البايع
بخلاف العيب بالآفة السماوية حيث لم يكن لها عوض ولكنه اورد عليهم قائلا وهو
بناء في ما ذكره سابقا لانه لما وقع في وقت لم يكن العين مضمونة عليه ولم يستحقها البايع
الا بعده كما ذكره في ذلك التعليل ينبغي ان لا يكون له الا الرضا بالعيب لانه لم يجد سواه
وعلى ما قررناه من ان الفسخ يوجب رجوع كل من المتعاوضين الى ماله او بدله فلا اشكال
مشف واشار الى ما ذكره في جامع المقاصد ايضا ثم انه على المختار اذا اختار الرجوع الى
العين المعيوبة والضرب بارش العيب فالمعتبر كون الارش الذي يرجع به على المشتري
بنسبة نقصان القيمة بان ينسب قيمته ناقصا الى الصحيحة ويضرب من الثمن الذي باعه
تلك النسبة فلا يرجع بتمام ارش الجناية كائنا ما كان وقد صرح بذلك في القواعد و
التحرير والمعروضة وذلك وجامع المقاصد ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها
تصريح الروضة وذلك بان ذلك مقتضى ما عنه الارش ومنها ما صرح به في جامع المقاصد
من امكان كون ارش الجناية نصف الثمن كما لو كان العبد يساوي مائتين وقد اشتراه بمائة
وجنى عليه بقطع يده فان ارشها نصف القيمة وهو مائة وربما كان نقصان القيمة السوقية
كذلك فلو استحق البايع الرجوع بالارش لرجع بالعبد وبمائة فيجتمع له الثمن والمثمن وهو
معلوم البطلان وقد احتج بما ذكره ايضا في عدة ذلك وضة ولكن صرح في جامع المقاصد

بعد الاشارة

بعد الاشارة الى ما ذكر بان ما ذكره من لزوم الجمع بين الثمن والمثمن ممنوع لان
بعد الفسخ باخذ بدل الجزء الفائت من العين لا على انه ثمن وان كان بقدر الثمن
والمثمن انما هو اجزاء العين كلها وعوضها الذي هو محسوب ثمنها لها ثم صرح
بان هذا هو المختار وان كان فوات ذلك الجزء الذي لا قسط له من الثمن بجناية المشتري
فالحكم فيه كما لو كان الفوات بآفة سماوية فيكون مخيرا بين الامرين المتقدمين فلا يرجع بارش
النقصان وقد صرح بذلك في الغنية والشرايع وعدة والتحرير والجامع بل صرح في جامع
المقاصد بانه اصح الوجهين فيه عندهم واختاره في ذلك هنا ما اختاره فيما لو كان التلف
بآفة سماوية والظاهر انه كمن قال بمقالته هناك وافقه هنا فلا قائل بالفرق بين
المقامين على الظاهر وان صرح في ذلك بانه يحتمل هنا ان يكون جناية المشتري كجناية
الاجنبي معللا بان اتلاف المشتري نقص واستيفاء فكانه ضرب جزء من المبيع
العوض وحكي ما ذكره في جامع المقاصد عن كره قائلا وابن الجنيد على اصله من ثبوت
الضمان هنا ايضا بل يكون بطريق اولى وان كان فوات الجزء المذكور بجناية البايع
صح في جامع المقاصد وذلك بانه كالاجنبي معللين بانه جنى على ما ليس بمملوك له
ولا في ضمانه واحتمالا دخول هذا القسم في قولهم وان كان بجناية اجنبي ع تنبيه
اذا افلس المشتري لعين وحكم عليه الحاكم بالحجر فلا يسع واراد البايع الرجوع الى عينه
ووجد فيها زيادة فهذه الزيادة على اقسام الاول ان يكون الزيادة منفصلة عن
تلك العين وهي التي يجوز بيعها والتصرف فيها من غير تصرف في العين وهنا لا اشكال
ولا خلاف على الظاهر في جواز رجوع البايع الى عين ماله التي باعها فياخذها ولكن ليس
له اخذ الزيادة بل يكون ملكا للمشتري ولا يستحقها البايع الذي في العين وقد صرح بذلك
في المبسوط والغنية والشرايع والارشاد والتذكرة والقواعد والتحرير والجامع وذلك
في دعوى الاجماع عليه فان الاول صرح بانه لم يعلم فيه خلافا والثاني من ما لك والثاني صرح

بانه موضع وفاق لم يخالف فيه الا بعض العامة ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة من ان
الرجوع على خلاف الاصل فيقتصر فيه على المتيقن وهو العين ومنها ما تمسك به في الجنه
والتذكرة وكذلك ومجمع الفائدة من ان النماء انفصل في ملك المفلس فلم يكن للبائع
الرجوع فيه لانه ليس عين ماله ولا تلازم بين الرجوع والرجوع بالنماء ولا فرق في ذلك
بين ان تكون الزيادة حاصلة بفعل المشتري وبغيره ولا بين ان تكون موجبة لزيادة قيمة
العين ولنقصها او غير موجبة لشيء من الامرين وعد من هذه الزيادة امور الاول
الولد وقد صرح بهذا في الغنية والشرايع وعد وكره ولا فرق فيه بين الحمل والمنفصل
كما صرح به في ذلك الثاني اللبن وقد صرح بهذا في يع وكره ولا فرق فيه بين المحلوب
وما في الضرع كما صرح به في ذلك ومجمع الفائدة الثالث الثمر وقد صرح بهذا في الغنية
وعد وذلك ولا فرق فيه بين المقتطف وغيره كما صرح به في ذلك الثاني ان تكون الزيادة
متصلة ولكن حاصلة بفعل المشتري كالسمن وهل يجوز هنا الرجوع في العين ولا
بل يتعين الضرب مع الغرماء فيه قولان احدهما انه يجوز الرجوع في العين وهو للمبسوط
والغنية وعد وذلك وجامع المقاصد والمحكي في لف عن ابن البراج وثانيهما انه
لا يجوز ذلك وهو للارشاد والمحكي عن التذكرة وربما يستفاد من مجمع الفائدة للاولين
وجهان احدهما انه يصدق مع هذه الزيادة انه وجد عين ماله فيرجع فيها اما الاول
فقد صرح به في ذلك ومجمع الفائدة وغيرها ويدل عليه عدم صحة السلب والاطراد وصحة
التقسيم وصحة التقييد بالقيد وحسن الاستفهام والاستثناء وغير ذلك من
دلائل الاشتراك المعنوي واما الثاني فلاطلاق النصوص الدالة على جواز الرجوع اذا وجد
عين ماله كما اشار اليه بعض الاجلة قائلا فان قوله ع اذا كان المتاع قائما بعينه رد الى صاحبه
اعم من ان يحصل فيه هذه الزيادة ام لا لصدق وجدان المتاع قائما بعينه مع حصولها وانما
تخصيص ذلك بالعين التي كان عليها وقت الانتقال بمعنى ان المعنى في قوله قائما بعينه

انما هو ذلك

انما هو ذلك فالظاهر بعد تمام البحث لما شيا من تصريحهم من انه لو نسج الغزل او قصر
الثوب او شق الحطب الواحا بل جعله بابا لا يمنع من الرجوع في العين لصدق وجود العين
في جميع هذه الفروض ونحوها واما المراد بهذه العبارة انما هو الاحتراز عن تلفه وذهابه
فيكفي بوجوده على اي حال لا ابطال ما ذكره انما يتجه لو لم تكن هذه الزيادة الا سم عين المال
مطلقا واما اذا فرض اقتضاء هذه الزيادة زوال الاسم بحيث لا يصدق معها وجدان
المتاع بعينه فما ذكره لا ينهض باثبات جواز الرجوع فيه فيكون الدليل اخص من المدعى
لانا نقول الاخصية من المدعى على تقدير تسليمها هنا غير قادح لان الظاهر عدم وجود
القائل بالفصل بين صور المسئلة فيلحق صورة زوال الاسم بصورة عدم الزوال لظهور
الاجماع المركب ولا يمكن العكس لان النصوص الدالة على جواز الرجوع اقوى واخص من ادلة
عدمه فتم وثانيهما فحوى ما حكي عن الاصحاب من التصريح بانه لو نسج الغزل او قطع الثوب
او شق الحطب الواحا وجعلها بابا فلا يمنع من الرجوع في العين وللاخرين الاصل
والعمومات الدالة على لزوم العقد ويجاب عنهما بعدم صلاحيتهما لمعارضة ما دل على المنقول
الاول فهو الاقرب وعليه فاذا زادت قيمة العين باعتبار الزيادة المفروضة فهل يأخذ
البائع العين بزيادتها مجانا ولا يستحق المشتري الزيادة فلا يشارك البائع بالنسبة
فتكون العين وزيادتها كلاهما له فتكون الزيادة تابعة للعين او لا بل تكون الزيادة للمشتري
فيشارك البائع بالنسبة فيه قولان احدهما ان العين والزيادة كلاهما للبائع ولا يستحق المشتري
شيئا وهو للمبسوط والغنية وعد والمحكي في لف عن القاضي وصرح به في يع ولكن
صرح اخيرا بان فيه ترددا وثانيهما ان هذه الزيادة تكون ملكا للمشتري كالزيادة المنفصلة
ويكون هو شريكا مع البائع بالنسبة وهو للمختلف والارشاد والتذكرة وجامع المقاصد
وذلك والمحكي في جملة من الكتب عن ابن الجنيد ويظهر من ذلك التوقف في المسئلة للاولين
وجوه منها ما ذكره في ذلك من ان هذه الزيادة محض صفة وليست من فعل المفلس فلا

لانه نقل الاقوال ولم يرجح شيئا منها

بعد مالا وفيه نظر لانها لو لم تكن مالا لما بذل عادة بازائها الثمن ولما اختلف فيه مالية العين
زيادة ونقيصة باختلاف العين باعتبار هذه الزيادة وجودا وعدما فتم ومنها انصاف صاحب
الخيار اذا فسخ وكان بايعا وحصل فيما باعه هذه الزيادة بعد البيع باخذ ما باعه مع هذه
الزيادة مجانا ولا يكون للمشترى معه شركة ولا له استحقاق باعتبار هذه الزيادة فكذلك
البايع هنا وقد اشار اليه هنا فى الخلاف وفيه نظر لانه قياس فلا يكون معتبرا عندنا على انه مع
الفارق كما صرح به فى جامع المقاصد قائلا فان قيل ما الفرق بين الزيادة وبينها فى بيع
الخيار اذ يرجع بعد الفسخ فى مجموع العين قلنا استحقاق الرجوع ثابت هناك فى كل
وقت باصل العقد بخلافه هنا فان الاستحقاق طار هنا وقد يجاب عما ذكر بالمنع من كون
ذلك قياسا بل هو من باب تنقيح المناط الذى هو معتبر عند الجميع وذلك للقطع بان علة
جواز اخذ صاحب الخيار العين مع زيادتها مجانا ان هذه الزيادة تابعة للعين ولا يكون لها
كالمنفصل وهذه العلة موجودة هنا واما الفارق الذى اشار اليه فى جامع المقاصد فضعفه
ظاهر كما نبه عليه فى الخلاف قائلا لاشتراكهما فى ان الفسخ من جهته فالسابق وقع فى ملك
المشترى ومنها ما صرح به الشيخ فيما حكى عنه من ان العقد ينفسخ فى الاصل فيتبعه الزيادة
كالمتصلة واجاب عنه فى الخلاف قائلا بعد الاشارة اليه هو ممنوع لان وجود الفسخ المتجدد
ان كان فى تقديره وجوده حال العقد لزم فى المنفصل ما قاله فى المتصل والا لزم فى
المتصل ما قاله فى المنفصل ومنها ان الاصل براءة ذمة البايع من لزوم دفع شىء
الى المشترى بعد الرجوع فى العين ومنها خلو الاخبار الدالة على جواز رجوع البايع فى العين
عن الاشارة الى لزوم شىء فى ذمة البايع والى استحقاق المشترى شيئا واشتراكه
مع البايع بالنسبة مع ان المقام مقام الحاجة على ان مقتضى اطلاقها جواز تصرف البايع فى
العين التى استرجعها من المشترى اى تصرف شاء ولو كان هو شريكا مع البايع بالنسبة
لما صح ذلك لانه لا يجوز التصرف فى المال المشترك الا باذن الشريك فتم واتجه نحوه

الرجوع فى العين معناه اخذها مع ما عليها من الصفة لاستحالة انفكاك المعروض عن
الشىء عن جزئه الصورى ولا يصح ذلك الا بعد كون المجموع المركب من المادة والصورة
ملكا للاخذ فتم وللاخرين وجوه منها ما تمسك به فى التذكرة ولف وجامع المقاصد
وللك من ان الزيادة المفروضة ملك للمشترى المفلس وان لم يكن بفعله فلا يستحقها
البايع فبقى على ملك المشترى اما الاول فلان تلك الزيادة نماء ملكه فيتبعه فى
الملكية وليس كونها ملكا له مشروطا بكونها من فعله واما الثانى فلان هذا الملك قد
تملكه المشترى قبل رجوع البايع فالاصل بقاء التملك بعده عملا بالاستصحاب وفيه نظر
اما اولا فللمنع من اتصاف هذه النماء بالملكية فانها صفة للاعيان والاجسام الخارجية
لا للاعراض ولذا لا يصح ان يقال سواد العبد وكبره وسمنه ملك لى و يصح ان يقال
يده ورجله ورأسه ملك لى واما ثانيا فللمنع من ان كل نماء ملك يتبع اصله فى
الملكية وان سلمنا اتصاف هذه النماء بالملكية واما ثالثا فلانه غير معهود لا شرعا
ولا عادة كون الاجزاء المادية ملكا لبعض والاجزاء الصورية والاعراض الخارجية ملكا
لآخر واما رابعا فللمنع من صحة الاستصحاب المذكور لان الحكم بان هذه النماء ملك
للمشترى انما هو باعتبار كون المجموع المركب من المادة والصورة ملكا فاذا ارتفع ملكيته
له باعتبار رجوع البايع فى عينه لم يبق للاستصحاب ولذا لم يصح التمسك باستصحاب
الجواز حيث ينسخ الوجوب واما خامسا فلان الاستصحاب على تقدير تسليمه هنا
لا يصلح لمعارضة ظواهر الاخبار المتقدمة وان اعتضد بالعمومات الدالة على اصالة لزوم
العقد لانها كالاستصحاب اعم مطلقا من ظواهر تلك الاخبار فتقدم الا ان يدعى ان
التعارض بينها بعد خروج صورة عدم الزيادة من العمومات من قبيل تعارض العمومين
من وجه ومن الظاهر انها ارجح من ظواهر تلك الاخبار فتقدم سلمنا المساوات
ولكن يبقى الاستصحاب بلا معارض فيلزم العمل به ولعله لهذا تمسك به فى جامع المقاصد

يلزم

وللك وبمجمع الفائدة على هذا القول بان الرجوع في العين على خلاف الاصل فيقتصر فيه على ما
فوات مال المفلس وفيه نظر بل ظواهر الاخبار المتقدمة اولى بالمراعات ومنها
ما تمسك به في التذكرة ولك من ان اخذ البائع هذه الزيادة اضرار بالمفلس لانها زيادة
قد حصلت في ملكه فلا وجه لاخذ الغرماء له وفيه نظر للمنع من كون ذلك اضرارا بالمفلس
لعدم معرفة قيمته ومنها ما تمسك به في التذكرة قائلا ولانه فسخ لسبب حادث فلم يملك
به في عين المال الزائد زيادة متصلة كالطلاق فانه ليس للزوج الرجوع في عين ما دفعه
من المهر مع زيادة المتصلة وفيه نظر ومنها ما تمسك به في لك قائلا ولانها ليست
عين مال الغريم بل زائدة عليه فليس له اخذها بدفع القيمة جمعا بين المصالح وهو اخذ
عينه التي لا نتم الا باخذها واستفادة قيمة الزيادة للمفلس والغرماء اذ لا فرق بين
اخذ عين الشيء وقيمته في المالية والاعتبار في نظر الشرع بالخصوصيات وبما ذكره نظر
والمسئلة لا تخلو عن اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط ولكن القول الاول هو الاقرب
واذا كان الزيادة المفروضة لا توجب زيادة في قيمة العين فالظاهر انه لا خلاف في
ان البائع ياخذها مجانا وليس للمشتري شيء ح وكذلك اذا كانت موجبة لنقص قيمة
العين وليس للبائع الرجوع على المشتري بارش النقصان والظاهر انه لا خلاف فيه وعد
من هذه الزيادة امور احدها السمن وقد صرح به في المبسوط والغنية ح وكره ومجمع الفا
وثانيها الكبر وقد صرح به في المبسوط والغنية وثالثها الطول وقد صرح به في مع و
رابعها الصوف وقد صرح به في مجمع الفائدة الثالث ان تكون الزيادة متصلة وتكون
حاصلة بفعل المشتري كما اذا اشترى عينا وعمل فيها ما يزيد في صفتها مثل ان اشترى
حنطة فطحنها او دقيقا فخبزه او ثوبا فقصره او خيطه قميصا بخيوط من الثوب او غزلا
فنسجه او خشبا فنشره الواحا او الواحا فنجرها بابا ثم يحكم عليه الحاكم بالحجر باعتبار
الافلاس وهل للبائع في هذه الصورة الرجوع الى العين اذا لم يرد الضرب بالثمن

مع الغرماء

مع الغرماء او لا بل ليس له الا الضرب بالثمن مع الغرماء المعتمد هو الاول وقد صار اليه
في الشرايع والارشاد والقواعد والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك و
مجمع الفائدة ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها ظهور عبارة التذكرة
ولك في دعوى الاجماع على ذلك لتصريحهما بانه لا يسقط حق الرجوع عندنا هنا فان
لفظة عندنا في هذا المقام ظاهر في دعوى الاجماع كما نبه عليه في مجمع الفائدة قائلا
في حله كلام له وقد يختلج في الخاطر عدم جواز الرجوع في نحو النسج الخ فلو وجد
القائل لم يبعد القول به فتأمل ويظهر نعم من ظاهر لتع الاجماع عندنا حيث قال
لم يسقط الرجوع عندنا في النسج ونحوه من جعل الخشب الواحا والحنطة طحنا و
يؤيد ما ذكرناه نسبة بعض الاجلة عدم سقوط الرجوع هنا الى الاصحاب بلفظ
قالوا وكذلك يؤيده ما اشار اليه في مجمع الفائدة فلو وجد القائل الخ ومنها
ما تمسك به في التذكرة والتحرير ولك وغيرها من ان العين لم تخرج عن حقيقتها
بتوارد هذه الصفات عليها فيصدق عليه انه واجد عين ماله فله الرجوع فيها
عملا باطلاق النصوص والفتاوى الدالة على جواز رجوع البائع الى عين ماله اذا
وجدها عند المفلس وقد نناقش فيما ذكرا اولا بالمنع من صدق الصغرى
حقيقة فلا يترتب عليها كلية الكبرى فان الاحكام ما نزلت على الاسماء التي هي
موضوعاتها وثانيا بالمنع من شمول الاطلاقات لمحل البحث ولو سلم صدق
الصغرى فيبقى الاصل والعمومات الدالين على عدم جواز الرجوع سليمين عن
المعارض وقد اشار الى ما ذكر في مجمع الفائدة وكذلك بعض الاجلة على ما حكاه
في التذكرة قائلا قال احمد يسقط حق البائع من الرجوع لانه لم يجد عين ماله بعينه
فلم يكن له الرجوع كما لو اتلفه ولانه غير اسمه وصفته فلم يكن له الرجوع كما لو كان نوى
فنبت شجرا واجاب بما اجاب به فيما عدا ذكره قائلا بعد الاشارة اليه وليس بصحيح

لانا قد بينا ان العين لم تخرج عن حقيقتها والا لكان الغاصب يملك المغصوب اذا
فعل به ما يوجب هذه الصفات وكان ينتقل حق المغصوب منه الى المثل او القيمة
وليس كذلك وتغير الوصف لا ينافي بقاء العين ويخالف المنوي لان الحقيقة قد
زالت وحدثت الاخرى ففيه تطويل نظر وجهه مما سبق ومما بيناه في الاصول من
عدم جواز القياس فتدبر والاولى في الجواب ان يقال ان الاصل والعمومات الدالين على
لزوم العقد يلزم تخصيصها بظهور الاتفاق على جواز الرجوع في محل البحث مضافا
الى ظهور جملة من العبارات في دعوى الاجماع عليه على انا نقول عدم صدق اسم
العين لا يعم جميع صور المسألة بل يختص بجملة منها كالنسج وغيره فالصور الباقية
التي يتحقق فيها صدق الاسم حقيقة كصبغ الثوب وقصارته يبقى منه جامعة
اطلاقات النصوص والفتاوى المتقدم اليها الاشارة واذا جاز الرجوع في هذه
الصور جاز الرجوع في الصورة التي لا يصدق فيها الاسم لظهور عدم القائل با
لفصل بين صور المسألة من هذه الجهة وقد تقدم سابقا الى نحو هذا الكلام
الاشارة هذا الوجه الذي ذكره في كره ولك وغيرها في غاية المتانة فجواز الرجوع
في هذه الصورة مما لا اشكال فيه وعليه فالزيادة المفروضة لا تخلو اما ان لا توجب
زيادة في قيمة العين ولا نقصا فيها او توجب نقصا فيها او توجب زيادة
فيها فان كان الاول فلا شيء للمفلس على البائع ولا يتشاركان في العين
الموجودة ويأخذها البائع مجانا وقد صرح بذلك في القواعد والتذكرة والتحرير
وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة وغيرها ولهم ظهور الاتفاق عليه والاصل
وخلو النصوص عن الاشارة الى وجوب شيء على البائع وعموم ما دل على نفي الضرر
وان كان الثاني فكالصورة الاولى فيما ذكر كما هو ظاهر الاصحاب واحتج في
جامع المقاصد على عدم استحقاق المفلس شيئا هنا وفيما سبق بعد القطع به

بان عين

بان عين مال البائع موجودة اذ لم يتلف بانضمام الصفة اليها ولا قيمة للصفة
فيمتنع الشركة لان اثر الشركة انما يظهر في القيمة وهل للبائع على المفلس الارش
وجبر النقصان او لا بل يأخذها من المفلس من غير رجوع عليه بشيء صرح بالثاني
في التذكرة والتحرير ولك ومجمع الفائدة وغيرها ولهم الوجوه المتقدم اليها الاشارة
ايضا وان كان الثالث فهل للمفلس على البائع شيء فيه احتمالات ثلثة احدها
ان للمفلس عمله الموجب للزيادة ويكون شريكا بالنسبة فلو كان قيمة العين
تتفاوت مع عدم التغيير مائة مثلا ومعه مائة وعشرين كان للمفلس سدس
الثمن الذي يباع به العين وقد اختار هذا الاحتمال في الشرايع والارشاد وعد
والتحرير وكره وجامع المقاصد وثانيها ان للمفلس اجرة عمله من غير شركة مع البائع
وقد صار الى هذا الاحتمال في موضع من التحرير واشار اليه في مجمع الفائدة من غير
تنبيه على اختياره ولا على مصير احد اليه وثالثها انه لا شيء للمفلس مطلقا بل يأخذ
العين مع الزيادة مجانا وهذا الاحتمال فيحكى في لك وغيره عن بعض المصير اليه
وحكاه في التذكرة عن المزني وصرح فيها بانه القول الثاني للشافعي والاقرب عندي
هو القول الاول لضعف الاحتمالين الاخيرين فيتعين الاول اذ لا قائل بغير هذه ٢
الاحتمالات ولا وجه له على الظاهر ايضا اما ضعف الاحتمال الثاني فلان الظاهر
انه لا قائل به وان كان المستفاد من موضع من التحرير المصير اليه لتصريحه في موضع
آخر بالاحتمال الاول سلمنا وجود القائل به لكنه شاذ جدا فلا ينبغي المصير اليه
خصوصا مع مخالفته لاصالة براءة البائع من الاشتغال بالاجرة واما ضعف
الاحتمال الثالث فلان اخذ البائع العين مجانا والحكم بعدم استحقاق المفلس
شيئا ضرر عليه وتضييع لعمله المحترم والاصل عدمه وقد اشار الى هذا في عد
وكره وجامع المقاصد قائلين انه يحتمل الشركة بينه وبين المفلس ووجهه انها

زيادة حصلت بفعل متقوم محترم وكلما كان كذلك يجب ان لا يضيع على فاعله
بخلاف فعل الغاصب فان فعله عدوان محض فلا يستحق باعتباره شيئا ويعضد
ما ذكرناه امور احدها ندرة القائل من اصحابنا بهذا الاحتمال بل قد يدعى عدمه
كما يستفاد من التذكرة حيث لم يحك من احد منهم المصير اليه وانما ادعى بعض العامة
المصير اليه نعم ربما يدعى مصير القواعد اليه حيث صرح اولا بانه لو كانت الزيادة صفة
محضة كطحن الحنطة وخبز الطحين وقصارة الثوب ورياضة الدابة وما اشبه
على تحصيله سلمت الى البائع مجانا لانها كالمتصلة من السمن وغيره ولكنه صرح ثانيا
بانه يحتمل الشركة محتجا عليه بما تقدم اليه الاشارة ومفرعا عليه بعض الفروع من غير
رد للاحتمال ووجهه وربما كان هذا ظاهرا في المصير الى الاحتمال الاول فتدبر وثانيها
ما تمسك به في التذكرة قائلا ولان الطحن والقصارة اجرى مجرى الاعيان ولهذا
كان ان يمسك الدقيق على الاجرة وكذا القصارة وثالثها جميع ما دل على ان
الزيادة المتصلة التي لم تحصل بفعل المفلس يكون له وانه يكون شريكا بالنسبة
وقد تقدم اليه الاشارة بل الحكم بالشركة هناك يستلزم الحكم بها هنا بطريق اولى
كما اشار اليه في لك قائلا وقيل انه يسلم الى البائع مجانا الحاقا لهذه الزيادة بالزيادة
المتصلة كالسمن ونحوه بناء على ان الحكم المتصلة ذلك وقد عرفت الخلاف فيه
وان الاقرب ذلك ومن حكم هناك في تلك المسئلة بان الزيادة للمشتري يحكم هنا
بطريق اولى ومن حكم ثمة بكونها للبائع فانه يمكن ان يحكم هنا بانها للمشتري لان
هذه الزيادة بفعله او ما في حكمه بخلاف السمن والكبر فانهما من فعل الله سبحانه
وان كان سببهما من فعل المكلف كالعلف والسقي ومن ثم يتخلف الثمن عنهما في
بعض الاحيان وربما يحصل بدونهما في الاحيان وعلى تقدير استناده اليهما فالفاعل
هو الله تعالى بخلاف طحن الحنطة وخبز الدقيق ونحوها ومن ثم جاز الاستيجار عليه

ولم يجز الاستيجار

ولم يجز الاستيجار على التسمين ونحوه كما لا يخفى والاقوى في الموضعين ان الزيادة
للمفلس وقد صرح بجميع ما ذكره في وجه الفرق بين الزيادتين في التذكرة كما اشار
اليه في جامع المقاصد قائلا بعد الاشارة الى وجه احتمال الشركة فان قيل اي فرق
بين هذا وبين نحو السمن والكبر ولم لم يجر فيه ذلك ايضا قلنا فرق في التذكرة
بينهما بان القصارة ونحوها بفعل القصار فانه اذا قصر الثوب صار معضوبا بالفرع
وكذا الطحن والخبز واما السمن والكبر فان العلف والسقي قد يوجدان كثيرا ولا يحصل
سمن ولا كبر فلا يكون السمن والكبر اثر السقي والعلف فلا يكونان من فعل فاعلهما
بل هما محض صنع الله تعالى ولهذا لا يجوز الاستيجار على تسمين الدابة وكبر الودي
ويجوز الاستيجار على القصارة ونحوها هذا محصل ما فرق به اذا عرفت هذا
فلا حاجة بنا الى هذا البحث والفرق لانا نجعل الزيادة في الموضعين للمفلس لا يقال
الوجوه المتقدمة الدالة على ان المفلس لا يستحق شيئا من الزيادة المتصلة التي لم
تحصل بفعل المفلس ومن جملتها ظواهر الاخبار المتقدم اليها الاشارة يقتضي
بعمومها عدم استحقاق المفلس هنا شيئا من الزيادة المتصلة فيلحق هذه الصورة
بالصورة الثانية من باب اتحاد طريق المسئلتين واما الفرق المتقدم اليه
الاشارة الذي ذكره في كره وجامع المقاصد فلانه فلا يصلح لتخصيص تلك الوجوه
بغير محل البحث ولا يلحقها الصورة الثانية والتعارض بينه وبين ظواهر الاخبار
المتقدمة الدالة على جواز رجوع البايع في عين ماله اذا وجدها بعد صيرورة المشتري
محجورا عليه بالافلاس وان كان من قبيل تعارض العمومين من وجه الا ان عموم
نفي الضرر اولى بالترجيح هنا كما في اكثر موارد تعارضه مع العمومات تعارض
العمومين من وجه مضافا الى اختصاص هذا التعارض بصورة بقاء الاسم بعد
حصول الزيادة بفعل المفلس واما مع عدمه فلا تعارض بينهما اصلا فيلزم

العمل به في جميع الصور لظهور عدم القائل بالفصل بينهما فتم ومع هذا كله بعموم نفي
الضرر هنا معتضد بالشهرة التي هي من اقوى المرجحات كما لا يخفى وعلى المختار
فهل المعتبر في زيادة القيمة بالزيادة المتصلة الحاصلة بفعل المفلس وقت الرجوع
اولا صرح بالاول في جامع المقاصد وذلك وهو جيد وهل يجوز لكل من البايع و
المفلس التصرف في تلك العين المشتركة من غير اذن الاخر او لا الاقرب الثاني
لاصالة عدم جواز تصرف احد الشريكين في المال المشترك وينبغي التنبيه على امور
الاول صرح في القواعد وجامع المقاصد وذلك بان الزيادة قد تكون صفة من جهة
وعينا من اخرى ومثلوا له بصبغ الثوب ونحوه وعلله في الثاني والثالث بان
اجزاء الصبغ عين قطعا وتلون الثوب بها صفة وهنا ايضا متى لم تزد القيمة با
لصبغ انتفت الشركة كما صرح به في الكتب المذكورة بل صرح في الثاني بانه تنتفي الشركة
هنا قولا واحدا واليه اشار في ذلك ايضا قائلا وان لم يزد قيمة الثوب بالصبغ او
نقصت لم يكن للمفلس شيء لان عين مال البايع قائمة وعين مال المفلس ذاهبة كما
والصفة منتفية فتنتفي الشركة فيه قولا واحدا وان زادت فاما ان يكون بقدر
قيمة الصبغ او اقل او اكثر فالاقسام ثلثة الاول ان يكون الزيادة بقدر قيمة الصبغ
كما لو كانت قيمة الثوب مائة والصبغ عشرين ويساوي بعد الصبغ مائة وعشرين
وهنا يكون البايع والمفلس شريكين بالنسبة بنسبة فيختص المفلس في المثال
سدس الثمن وقد صرح بما ذكر في الغنية ويع والارشاد وعد والتحرير وجامع
المقاصد وذلك وصرح فيها بان القسمة هنا على الاعيان ثم صرح كاتبه بانه لا
يتحقق للصفة حكم لانتفاء الزيادة بسببها الثاني ان يكون الزيادة اقل من
قيمة الصبغ كما لو كانت قيمة الثوب والصبغ درهمين والمصبوغ خمسة وهنا
صرح في القواعد والتحرير وجامع المقاصد وذلك بانه يكون للبايع بقدر قيمة الثوب

فيه قولك فان الصبغ في نفسه عين ولكن صار صفة للثوب لم يكن لها اثر ... انتهى

... في قابل ... الزيادة ... عبارة ...

والنقصان

والنقصان على المفلس وعلله في الاول والاخرين بان الصبغ تتفرق اجزاؤه في الثوب
ويهلك اذ لا يصبغ بها شيء آخر والثوب قائم بحاله فكانت نسبة النقصان الى الصبغ
اولى من نسبته الى الثوب وصرح في الاخرين بانه يشترط في ذلك ان لا يعلم استناد
النقصان او بعضه الى الثوب والا لحقه بحسبه وقد يطالبون بدليل هذه الاولوية فانه
لم اجد شيئا من الادلة الاربعة يدل عليها فالاولى هنا العمل بالاحتياط الثالث ان
يكون الزيادة اكثر بان يزيد قيمته مصبوغا عن قيمة الثوب والصبغ كما لو كانت قيمة الثوب
مائة والصبغ عشرين ويساوي بعد الصبغ مائة وثلثين وقد اشار الى الحكم في ذلك قائلا
لا شبهة في كون كل عين محفوظة بقيمتها وانما الكلام في الزائد عنهما فانه صفة محضة
فان الحقناها بالاعيان فهي اجمعها للمفلس وهو الاقوى وان الحقناها بالاثر بالعين فهي
للبايع ويحتمل بسطها على نسبة المالين لعدم الاولوية حينئذ نظرا الى انها تبعة للعينين وقد
اشار الى التفصيل الذي ذكره في القواعد ايضا قائلا فان الحقنا الصفة بالاعيان
فالزيادة للمفلس والثمن نقصان والا احتمل تخصيص البايع كالسمن فالثمن رباعا
او البسط فالثمن اثلاثا وكذا اشار اليه في جامع المقاصد قائلا فان الحقنا الصفة
بالاعيان فقيمة الصبغ في قيمة الصفة كلاهما للمفلس وهما عشرة عما زاد على قيمة الثوب
ووجه هذا التفريع ظاهر بعد الاحاطة بما سبق وان لم نقل بالالحاق ففيه احتمالان
احدهما تخصيص البايع بالصفة على نهج ما سبق فيكون ما قابلها من القيمة له وللمفلس
قيمة الصبغ اذ لا مال له على ذلك التقدير سواه الثاني بسط الزيادة على مال المفلس
وهو الصبغ ومال البايع وهو الثوب لعدم الاولوية ولما كانت قيمة الثوب ثلثي من
مجموع القيمتين كان للبايع ثلثي الزيادة وللمفلس ثلثها وهو لا يستقيم الا على تقدير
العلم بان تكون الثوب بالصبغ فلاحظ له من الزيادة وقد اختار المص في كتبه كون الزيادة
كلها للمفلس لانها عوض الصبغ والصفة جميعا وهما له ولا شيء للبايع فيهما فيكون احتمالا

وابقاها ولا ريب انه اقوى على كل تقدير الثاني لو باعه نخلا وثمرتها قبل بلوغها وبلغت
بعد التفليس فصرح في يع وذلك بانه كحكم البناء المتصل بل صرح في الاخير بانه
فرد من افراده الثالث اشار في ذلك الى حكم الزيادة في القيمة سوقا قائلا وان
كانت الزيادة في القيمة خاصة مع بقاء العين على قيمتها ففي الحاقها بها وجهان
من كون الزيادة في القيمة حصلت في ملك المفلس فلا يؤخذ منه مجانا ومن بقاء
عين مال البائع من غير تغير فيدخل في عموم الخبر واستقرب في كره عدم جواز الرجوع
في العين مطلقا متى زادت قيمتها لزيادة السوق والحق به ما لو اشتراها المفلس
بدون ثمن المثل فلم يرجع هو شيئا والاقرب عندي هو الاحتمال الثاني الرابع
لو اشترى حبا وبيضة فنضا والحب زرعا والبيضة فرخا ثم افلس لم يكن للبائع الرجوع
فيه كما صرح به في يع والتحرير وعد وكره والجامع وجامع المقاصد ولك وللشهيد وجوه
منها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه في كره ومنها ما نبه في يع وكره والجامع
وجامع المقاصد وذلك من ان الخبر الدال على الرجوع يقتضي اعتبار كون عين المال قائمة
وح فلا يرجع في الحب المزروع والبيضة لان الموجود الآن ليس عين المال بل هو مال اخر
وعين اخرى حيث صارت الحقيقة غير الحقيقة وتبدل الاسم والموضوع لا يقال ما ذكر
حدث من عين ماله وهو عين ماله لكنه هيئة اخرى فصار كالودي اذا صار نخلا
فيجوز للبائع الرجوع كما يرجع اذا غصبه لانا نقول الرجوع على خلاف الاصل فيلزم الا
قتصار في مخالفته على القدر المتيقن وهو صورة بقاء العين وليس منه محل البحث
بالضرورة وصرح في جامع المقاصد وذلك بالفرق بين الغصب ومحل البحث بان التغير
هناك كان في ملك المغصوب منه بخلاف ما هنا لان التغير في ملك المفلس وبالجملة
المرجع هنا الى وجود العين لا الى وجود الملك ومنها ما تمسك به في التذكرة واشار
اليه في ذلك من ان الزيادة المتصلة تمنع من الرد فهناك لاشتمالها على تغير العين با

بالكلية وصرح فيهما بان محل البحث العصير في الخمر في يد المشتري ثم تخلل وهو جيد
الخامس لو باعه نخلا غير مثمر ثم اثمر واطلع ثم افلس المشتري فرجع البائع في النخل
هل يرجع في الثمر والطلع ويتبعان النخل او لا بل يبقيان على ملك المشتري ولا
يتبعان النخل الاقرب الاخير سواء ابر ام لم يؤبر وقد صرح بذلك في الشرائع وعد
وكره ولك والجامع وجامع المقاصد ولك وللشهيد ما اشار اليه فيه قائلا لان الطلع
ثمرة متجددة فحكم المنفصلة فلا يتبع وانما تبعت في البيع بنص خاص فلا يتعدى
وخالف فيه الشيخ حيث حكم بجواز اخذ النخل مع الطلع وهو احد قولي الشافعي الا
انه قاسه على البيع والشيخ لا يقول بالقياس ولو كانت قد ابرت فلا خلاف في عدم
التبعية لانها نماء حصل للمشتري على ملكه فلا يزول ولا يتصور تبعيته بوجه و
يلحق بالنخل فيما ذكر سائر الاشجار اذا اثمرت بعد البيع فلا يرجع البائع بالثمرة ح
بافلاس المشتري وقد صرح بذلك في الجامع وجامع المقاصد ولك وصرح فيه بان
البائع اذا اخذ الشجر وجب عليه ابقاء الثمرة عليه الى اوان قطعها عادة بغير اجرة ×
منهل لو اشترى شقصا مما يجب فيه الشفعة كدار ثم افلس وحجر عليه
الحاكم ثم علم الشريك بالبيع واراد الاخذ بالشفعة واراد البائع الرجوع في الشقص
ففيه احتمالات احدها تقديم حق الشفيع فيدفع الشقص اليه دون البائع وقد صار
اليه في الشرائع والارشاد وعد والتحرير والتبصرة ولك وكره وجامع المقاصد و
ومجمع الفائدة وحكي عن الشيخ في الخلاف والمبسوط وللشهيد وجوه منها ما ذكره في
وكره وجامع المقاصد وذلك من ان حق الشفيع اقوى بالسبق الى ثبوته من حق البائع فيكون
ارجح اما الاول فلان الشفيع ياخذ من المشتري ومن نقله اليه وان تعدد ويبطل
جميع العقود والبائع انما يتعلق حقه بالعين ما دامت باقية على ملك المشتري ولان
الشفيع ياخذها وان نقلت والبائع لا ياخذها مع الزيادة واما الثاني فلانه ثابت

فاذا تعارض الحقان لزم ترجيح الاقوى منهما و منها ما اشار اليه في جامع المقاصد
وللك ويجمع الفائدة والمحكي عن الخلاف من ان حق الشفيع اسبق من حق البايع فيقدم
اما الاول فلوجهين احدهما ما ذكره في كره وجامع المقاصد وللك من ان حق الشفيع
يثبت من حين البيع وحق البايع انما يثبت بالتفليس وثانيهما ما نقل في جامع المقاصد
عن بعض قائلا والتاويل وجه السبق بان حق الشفيع لاحق المبيع لذاته وحق البايع
لاحق بواسطة الافلاس فما بالذات اسبق وهذا سبق معنوى وما ذكرناه اوجه
واشار الى هذا الوجه في للك ايضا واما الثاني فلما ذكره في جامع المقاصد قائلا و
الاسبق مقدم ومانع من ثبوت الاخر عملا بالاستصحاب وللمنافاة بينهما فلا يثبتان
فيمتنع ثبوت المتاخر ودفع المتقدم لانتفاء المقتضى للعدم قائم ومنها انه قد وقع
التعارض بين عموم ما دل على الاستحقاق بالتفليس في التعارض هنا من قبيل
التعارض العومين من وجه كالاخبار فينبغي ترجيح الاول لاعتضاده بالشهرة بل لا يخفى ان
العظيمة بل نظهور اتفاق اصحابنا على تقدم حق الشفيع هنا وبما تقدم اليه الاشارة
وثانيها تقدم حق البايع فيفسخ ويختص بالعين ولم احد به قائلا من اصحابنا نعم
احتمله في القواعد ويدل عليه امران احدهما ما ذكره في التذكرة وجامع المقاصد وللك
من عموم الخبر الدال على اختصاص البايع بعين ماله اذا افلس المشترى بالثمن ولكنه
ضعف في الاخيرين ولا يمنع شمول الخبر لهذا القسم لسبق حق الشفعة الثابت
قطعا وثانيها معارضته بعموم ما دل على استحقاق الشفعة فيقدم الاسبق و
ثانيهما ما ذكر في الكتب الثلثة وهو انه قد ثبت من ان الشفعة شرعت لدفع الضرر بالشركة
التي لا يختارها الشريك والضرر هنا يزول عن الشفيع لان البايع اذا رجع
في الشقص عاد الامر كما كان قبل البيع ولم يتجدد شركة غيره وضعفه في للك بان مراعات
دفع الضرر في الشفعة غير لازم وان كان اصل الحكم فيها ذلك بل هي ثابتة بالنص

والاجماع

فهذا
والاجماع فلا يتيد فيها بهذا الاعتبار انما هو حكمه واشار الى هذا في جامع المقاصد ايضا
الاحتمال ضعيف جدا بل المعتمد هو الاحتمال الاول وهو تقدم الشفيع وعليه فهل
يختص الثمن الذي يدفعه الشفيع بالبايع فليس كسائر الغرماء فيه حق ولا بل يحاصه
الغرماء فيه ويضرب البايع به معهم صرح بالثاني في الشرايع والتبصرة والارشاد والتحرير
وللك وهو ظاهر التذكرة وجامع المقاصد وللك وهو الاقرب ولهم ما ذكره في
الخلاف والتذكرة وجامع المقاصد وللك من ان البايع لا حق له اذا تقدم الشفيع في العين
عليه وانما الثمن من اموال المشترى والبايع واحد من الغرماء فيضرب معهم واحتمل في عد
كما عن المبسوط اختصاص الثمن بالبايع واحتج عليه في الاول بان فيه جمعا بين الحقين حق
البايع وحق الشفيع حيث جعل لاحدهما العين وللاخر القيمة وهو ضعيف كما صرح
به في جامع المقاصد وصرح به في الشرايع قائلا ويضعف بان الخبر انما دل على اخذ العين
والا لم يتعرض في الثمن لعدم تناول الخبر له بل هو من جملة اموال المفلس ثم نقل عن الشيخ تفصيلا
قائلا وللشيخ ره في هذه المسئلة بناء على اصله السابق وهو انه يبيع الوفاء ويكون البايع اولى
بالثمن وان لم يكن في ماله وفاء وكان اسوة الغرماء اختاره في ط وهو ضعيف المأخذ
لكنه غير مخالف في ثانية الحكم لانه مع وفاء ماله بدين الغرماء ينفصل له الثمن المذكور الا انه
لا يختص به المفضل **تنبيه** لو افلس المستاجر وحجر عليه الحاكم بعد مضي تمام المدة
ولم يؤد شيئا من مال الاجارة ضرب الموجر مع الغرماء بالاجرة مطلقا كما صرح به في التحرير بل الظ
انه مما لا خلاف فيه وان وقع الحجر على المستاجر قبل مضي شيء من المدة ولم يكن قد دفع الاجرة
جاز للموجر فسخ الاجارة واخذ العين الموجرة فيكون المنافع منزلة الاعيان هنا وقد صرح بذلك
في الشرايع والارشاد وعد والتحرير والتذكرة والجامع وجامع المقاصد وللك ومجمع الفائدة
ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها ما ذكره في جامع المقاصد قائلا فاذا افلس المستاجر
والحال انه لم يسلم عوض الاجارة فسخ الاجارة تنزيلا للمنافع منزلة الاعيان فكما يثبت الفسخ في

الاعيان المتعارض عليها يجب ان تثبت في المنافع لانها اموال وللاشتراك في الضرر وكل
من الموضعين بيع لان الاجارة معاوضة محضة لا تقصد بها الا العوضين وذكرها ركن في العقد
ولعل لما ذكره صرح في التذكرة وعد وذلك بانه يجوز الفسخ هنا تنزيلا للمنافع منزلة الاعيان
ومنها ما ذكره في ذلك قائلا بعد الاشارة الى الوجه الثاني ولانه يدخل في عموم الخبر لانه
قد وجد عين وقد اشار الى ما ذكره في مجمع الفائدة وينبغي التنبيه على امور الاول
لا فرق في جواز الفسخ بين صورتي بذل الغرماء الاجرة للموجر وعدمه كما صرح به في بيع
وعقد والارشاد وجامع المقاصد ومجمع الفائدة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه واحتج في جامع
المقاصد على نفي وجوب الامضاء بعد البذل بالاصل ثم صرح بانه لا فرق بين كون البذل
من مال المفلس او من مال الغرماء ولا بين ان يكون البذل لمصلحة الغرماء وغبطتهم او لمحض
مصلحته وهو جيد الثاني لا فرق في ذلك بين ان يكون الاجارة واقعة على عين مخصوصة
كالدار والدابة او على الذمة وبالجملة هذا الحكم جار في جميع انواع الاجارة الثالث هل يجوز
للموجر امضاء الاجارة والضرب بالاجرة مع الغرماء فيكون مخيرا بين الفسخ والضرب مع الغرماء
بعد الامضاء او لا بل يتعين له الفسخ صرح بالاول في القواعد والتحرير والتذكرة وكذا جامع
المقاصد بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه وانما تقصر في الشرايع والارشاد والجامع على تجويز الفسخ
والامر كما في الاخيرين ويدل عليه مضافا الى ما ذكر الاصل وعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود
ثم وما ذكروه هو المعتمد الرابع ان فسخ الموجر اخذ العين وسقطت الاجرة وان اختار امضاء
الاجارة ضرب مع الغرماء واجر الحاكم العين المستاجرة كما يوجر اعيان امواله التي لا يمكن بيعها
وصرف الاجرة الى الغرماء وقد صرح بذلك في التذكرة وعد وجامع المقاصد وذلك بل الظاهر انه
مما لا خلاف فيه واذا كانت الاجارة في الذمة واختار الموجر الامضاء امره الحاكم بتعيينها
ليوجر كما صرح به في جامع المقاصد وذلك الخامس اذا افلس المستاجر للعين ومحجر عليه بعد مضي
شيء من المدة لم يسقط من الاجرة فله الفسخ ح انتهى كما صرح به في التذكرة والجامع وذلك

وهو ظاهر

وهو ظاهر اطلاق بيع وعد والارشاد بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه وكذا له الامضاء وترك
الفسخ فهو مخير بين الامرين ابتداء كما صرح به في ذلك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه فان كانت
العين المستاجرة فارغة وفسخ الموجر ضرب مع الغرماء بقسط المدة الماضية من الاجرة المسماة
كما لو باع عبدين فتلف احدهما فسخ في الباقي وقد صرح بذلك في كره وذلك وان اختار
الامضاء ضرب بجميع الاجرة كما صرح به في ذلك وان كانت مشغولة بزرع وقد استحصد له
الفسخ وله المطالبة بالحصاد وتفريغ الارض كما صرح به في ذلك وان كان قبله فان اتفق مع الغرماء
على قطعه قصيلا وكان كالسابق كما صرح به في ذلك وان اتفقوا على التبقية فقد صرح في ذلك بان
لهم ذلك مع بذل اجرة المثل لبقية المدة مقدمة على الغرماء معللا بان فيه مصلحة الزرع الذي
هو حقهم كاجرة الكيال والوزان وهو جيد السادس لو حجر على المستاجر وهو في مكان
مخوف كالبادية واجتمعت شرائط الفسخ ففسخ الموجر وكانت الاجارة لنقل متاع لم يكن
للموجر طرح المتاع في البادية المهلكة ولا في موضع غير محرز بل يجب عليه نقله الى مامن باجرة
المثل لذلك النقل من ذلك المكان ويقدم بها على الغرماء وقد صرح بذلك في كره وعد
وجامع المقاصد وذلك وعلله في الاول والثالث بان الاجرة لصيانة المال وحفظه لتصل
الى الغرماء فهو من مصالح الحجر واذا نقله فقد صرح في جامع المقاصد وذلك بانه يسلمه الى الحاكم
مع امكانه والا جعله على يد عدل وهو في غاية القوة حيث لم يتمكن من حفظه بنفسه الى
ان يتمكن من الحاكم وصرح في كره بانه اذا وصل الى المامن وضعه عند الحاكم وتوقف في
وضعه عند العدل قائلا لو وضعه على يد عدل من غير اذن الحاكم فوجهان ولو كانت الاجارة
لركوب المفلس وحصل الفسخ في اثناء المسافة فقد صرح في جامع المقاصد وذلك بانه ينقل الى
المامن باجرة مقدمة على الغرماء وعلله في الاخير بان في ذلك دفعا للضرر عن نفسه الذي
هو اولى من حفظ ماله وهو في غاية القوة وصرح في ذلك بانه لا فرق في هذه المواضع بين
كون مورد الاجارة العين او الذمة وهو جيد منه لو اشترى ارضا فغرسها

او بنى ثم افلس كان صاحب الارض والبايع احق بارضه كما في الشرايع والارشاد والتحرير وعد
والجامع ولك ومجمع الفائدة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما اشار اليه بعض الاجلة حيث نسبه
الى الاصحاب بلفظ قالوا ويدل عليه مضافا الى ما ذكر ما نبه عليه في لك قائلا انما كان له الرجوع
في الارض مع تغيرها بالغرس لانها عين ماله وهي متميزة عن مال المفلس ولا يستلزم الرجوع فيها
اخذ مال المفلس ولا ضرر عليه لانه يبقى فيها الى ان يفنى بغير اجرة فيدخل في عموم الخبر ولكن ليس
لصاحب الارض ازالة الغرس والبناء من غير بذل الارش كما صرح به في الشرايع والارشاد وكره
والجامع ولك ومجمع الفائدة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه واحتج عليه في التذكرة ولك بان
المفلس حين البناء والغرس لم يكن متعديا بهما بل فعل ذلك بحق في زمن ملكه فيكون
محترما وزاد الاول قائلا ومفهوم قوله ع ليس لعرق ظالم حق انه اذا لم يكن ظالما فله حق ويعضد
ما ذكراه مضافا الى الاستصحاب ان التسلط على القلع من غير بذل الارش ضرر على المفلس و
الغرماء فلا يصح لعموم قوله ع لا ضرر ولا ضرار وهل لصاحب الارض ازالته مع بذل الارش
او لا فيه قولان احدهما انه ليس له ذلك وهو للشرايع والارشاد وعد ولك ومجمع الفائدة بل
صرح بعض الاجلة بدعوى الشهرة عليه وثانيهما ان له ذلك وهو للشيخ في ط على ما يظهر من لك
واحتج عليه في جامع المقاصد قائلا وقد يستدل عليه بظاهر الخبر بان المتبادر من الرجوع الى
العين واستحقاقها الرجوع اليها تامة منفعتها لان العين التي قد استوفيت منافعها بمنزلة المعدوم
فلا يعد العين معه كالتالفة بخلاف الغرس والبناء ولما في ذلك من الضرر العظيم وهو استحقاق
منفعة العين دائما ومثله ما لو آجر العين مدة طويلة جدا ثم افلس وبالجملة فالتوقف في
المسئلة مجال ويعضد ما ذكره عموم قوله الناس مسلطون على اموالهم وعموم قوله تعالى
الا ان تكون تجارة عن تراض وقوله لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه خرج منها
صورة عدم بذل الارش ولا دليل على خروج صورة البذل فيبقى مندرجا تحتها وانه يحصل
مع بذل الارش يحصل الجمع بين الحقين ويندفع الضرر عن الطرفين فانه على هذا التقدير

لا يفوت

لا يفوت على صاحب الارض الانتفاع بارضه ولا ضرر على صاحب الغرس والبناء لاخذه الارش
فيبقى ما يقتضي الازالة سليما عن المعارض فاذن الاقرب هو هذا القول ولكن مراعات
الاحتياط مهما امكن اولى ولو لم يبذل الارش فهل يستحق الاجرة ببقاء الغرس والبناء او لا
صرح بالثاني في جامع المقاصد ولعل وجهه ما اشار اليه في لك قائلا بعد ما اشار الى وجه
القول الثاني من انه بعد بذل الارش يحصل الجمع بين الحقين وعلى هذا ينبغي ان يجوز
تبقيته بالاجرة لا مجانا لان ذلك هو مقتضى التعليل ولكن لم يذكر احد استحقاق الاجرة
لو ابقاها نعم هو وجه لبعض الشافعية والفرق بين هذه المسئلة وبين العين المستاجرة
اذا فسخ فيها الموجر وقد اشتغلت بغرس المستاجر حيث انه يستحق الاجرة فيها دون
هذه ان المعقود عليه في البيع الرقبة وانما يحصل له بالفسخ وان لم ياخذ الاجرة وفي
الاجارة المعقود عليه هو المنفعة فاذا فسخ العقد فيها واستوفاها المستاجر بغير عوض
خلا الفسخ عن الفائدة فلم يعد اليه حقه فلم ينتفع بالفسخ سيما فخرجنا المنفعة حيث
لم يتمكن من استيفائها بالاجرة مجرى العين وايضا فان المشتري دخل على ان لا يضمن المنفعة
فلم يثبت اجرة كالبايع اصولا دون ثمرتها بخلاف المستاجر فان متعلق ضمانه هو المنفعة
فيجب عليه الاجرة وفي حكم الغرس البناء اما الزرع فيجب على البايع ابقاؤه الى اوانه بغير
اجرة لو فسخ الارض قولا واحدا والفرق ان للزرع امدا قريبا ينتظر فلا يعد العين
كالتالفة بخلاف الغرس والبناء وقد يقال عدم ذكرهم استحقاق الاجرة لا يدل
على عدمه فيبقى مقتضى التعليل سليما عن المعارض فاحتمال الاستحقاق في غاية القوة
مع انه احوط في الجملة ويظهر من مجمع الفائدة اختيار القول بالاستحقاق في تبقية مع الحكم بوجوب
البايع ابقاء الزرع الى اوانه بغير اجرة لو فسخ الارض لظهور لك في دعوى الاجماع عليه
فهو الحجة لما ذكر عن الاصل والقاعدة والفرق بين البناء والزرع بما ذكر في لك وجه
فرق اخر وينبغي التنبيه على امرين الاول صرح في جامع المقاصد ولك وغيرهما بانه على

القول بجواز قلع الغرس وازالة البناء بالارش فطريق تقديره ان يقوم الغرس قائما الى
الى ان يفنى بغير اجرة والبناء ثابتا كذلك ومقلوعا وينظر ما بينهما من التفاوت فهو
الارش الثاني صرح في لك وجامع المقاصد وغيرهما بانه على القول بعدم جواز قلع الغرس
وازالة البناء فالطريق الى وصول كل ذي حق حقه هو ان تباع الارض بما فيها من البناء
والغرس فلكل منهما من الثمن ما قابل ما يخصه ويعلم ذلك بان يقوما معا ثم تقوم
الارض مشغولة بهما ما بقيا وينسب قيمتها كذلك الى قيمة المجموع ويؤخذ من الثمن بنسبته
ذلك فالباقي للمفلس لو قوما معا بمائة درهم وقومت الارض مشغولة بهما مجانا
بخمسين فنسبة قيمة الارض الى المجموع بالنصف فيؤخذ لصاحب الارض من الثمن النصف
والباقي للمفلس ثم صرحا بان هذا ان رضي البايع ببيع الارض والا لم يجبر عليه بل يباع
مال المفلس على الحالة المذكورة من كونه في ارض الغير مستحق البقاء الى ان يفنى مجانا
وان استلزم ذلك نقصا في قيمته لو ضم الى الارض واخذ للارض قسطا فان ذلك هو
حق المفلس فلا يؤثر هذا النقصان وحينئذ يباع منفردا ويصير حكمه حكم من باع ارضا او استثنى
نخلة فجواز دخول مالكها اليها وسقيها وغير ذلك منهل لو كان المبيع الذي
حصل الافلاس بثمنه جارية كان للبايع انتزاعها وان حملت من المفلس ولا يمنع الاستيلاد
من الاخذ وقد صرح بذلك في الشرايع وعد والارشاد والتبصرة وجامع المقاصد ولك
ومجمع الفائدة ولهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه وثانيهما ما تمسك به في
جامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة من ان ام الولد تباع في ثمن رقبتها فلا يكون الاستيلاد
مانعا من اخذها باعتبار عدم اخذ ثمنها فلا يمنع مانع من تناول الخبر الدال على الاختصاص
بعين المال اذا وجدها واذا انتزعها البايع فله بيعها ونحوه كما صرح به في ير والارشاد و
مجمع الفائدة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه واذا ترك البايع انتزاعها واختار الضرب بثمنها
مع الغرماء فصرح في يح والتبصرة ولك وجامع المقاصد بانه يجوز بيعها في ثمن رقبتها

ويظهر

ويظهر من مجمع الفائدة الاستشكال في ذلك ولا اشكال في ان الحمل اذا كان من المفلس يكون
حرا لا يتبع الام ولا يجوز بيعه ولا سبيل عليه بوجه من الوجوه كما صرح به في جامع المقاصد
ولك واما اذا كان من مملوك المفلس فهو مملوك وهل هو قبل الوضع من المنافع المنفصلة
التي لا تتبع الام فيكون للمشتري او من المنافع المتصلة التي تتبع الام فيكون للبايع كامه فيه
قولان احدهما انه لا يتبع الام بل هو ملك المشتري وهو للشرايع وعد والارشاد وجامع
المقاصد وثانيهما انه يتبع الام وقد حكاه في لك عن الشيخ قائلا الا خالف فيه الشيخ فجعل
الحمل كالجزء من الامة فحكم بانه يتبع الام في الحمل لذلك ولكنه اعترف بان الشيخ لم يصرح بذلك
وانما هو لازم مذهبه من ان الزيادة المتصلة لا تمنع اخذ البايع مجانا وكيف كان فهذا
القول ضعيف بل المعتمد هو القول الاول وعليه فهل يجب على البايع اذا انتزع الجارية
ان يبقي الحمل الى الوضع بغير اجرة او لا بل يستحق الاجرة على البقاء صرح بالاول في لك بل
صرح بانه يمكن اعتبار شرب اللباء قائلا وقد ذكرته في نظائره محتجا بان الولد لا يعيش
بدونه منهل اذا اشترى متاعا من ذوات الامثال كالحنطة والشعير والزيت و
السمن والشيرج وماء الورد وماء الرمان ونحو ذلك فخلطها او مزجها بجنسها كان خلط
صاعا من الحنطة بصاع من الحنطة وصاعا من الزيت بصاع من الزيت بحيث لا يمكن
تخليص بعضها من بعض ثم افلس فهل للبايع حق الرجوع في العين فيقع الاشتراك بينه وبين
المشتري في العين الممتزجة او لا بل يتعين ضربه مع الغرماء بالثمن التحقيق ان يقال ان المسألة
صور احديها ان يكون الممتزجان متماثلين كيفا لا يكون احدهما اجود من الاخر ولا اردى
وقد صرح في المبسوط والشرايع والتبصرة والارشاد وعد والتحرير وكره وجامع المقاصد
ولك ومجمع الفائدة بانه يجوز هنا للبايع الرجوع في عين ماله كان له الضرب بالثمن مع
الغرماء وهو جيد ولهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه لان الجماعة الذين اشرنا
اليهم افتوا بذلك من غير اشارة الى الخلاف مع تنبيه جماعة منهم على وجود الخلاف في بعض

الصورة الآتية ويؤيد ما ذكر ان العلامة في التذكرة لم يحك خلافا هنا الا عن احمد قائلا وقال
يسقط حقه من العين لانه لم يجد عين ماله فلم يكن له الرجوع كما لو تلف فكان ما ياخذه من عين
ماله ممتزجا بغيره ما له انما ياخذه عوضا عن ماله فلم يختص به دون الغرماء كما لو تلف ومنع
عدم العين ماله بل وجدها ممتزجة بغيرها والفرق بينه وبين التلف ظاهر لان ما ينقص
وما تقتضيه من عين ماله ان كان عوضا عن ماله الا انه يدخل بواسطته في حق المفلس
بالا[illegible] متقدما به على باقي الغرماء وثانيهما ما تمسك به في لك قائلا انا لم نبطل حق
البائع بمزج المبيع لو وجد عين ماله في محل الموجد غاية انها غير متميزة وذلك لا يستلزم
عدمها اذ لا واسطة بين الموجود والمعدوم ويمكن التوصل الى حقه بالقسمة لان الزيت كله
سواء فيأخذ حقه بالكيل والوزن وقد اشار الى هذا الوجه ايضا في التذكرة وجامع المقاصد
وفيه نظر وعلى المختار يقع الشركة بين البائع والمشتري المفلس في ذلك الشيء الممتزج فللاول
المطالبة بالقسمة فاذا طالب بالبيع فهل يجب اجابته الاصح في التحرير الثاني وهو الموافق
للاصل السليم من المعارض وصحح في التذكرة قائلا ان لم نجز القسمة وطالب بالبيع فالاقرب
ان يجاب اليه لانه بالقسمة لا يصل الى عين ماله وربما كان له غرض في ان لا ياخذ من
ثمن المشترى شيئا وهو احد قولي الشافعي والثاني انه لا يجاب اليه لانه يصل الى
جميع حقه بالقسمة فهو كجماعة ورثوا زيتا لا يكون لبعضهم ان يطالب بعضا بالبيع
الفرقان الورثة ملكوا الزيت ممتزجا والمفلس كان قد ملك البائع وكذا البائع متميزا
فافترقا الثالثة ان يمزج المشتري العين التي انتقلت اليه باردا منها فهنا للبائع اخذ
عينه كما ان له الضرب مع الغرماء فلا فرق بين هذه الصورة والصورة السابقة في عدم سقوط
حقه بالخلط بالارداء وقد صرح به في الشرائع والتبصرة والارشاد والتحرير والقواعد
والتذكرة وجامع المقاصد ولك وحكاه في لف عن المبسوط بل الظ انه مما لا خلاف فيه كما
يستفاد من التذكرة حيث لم ينقل هنا خلافا الا عن احمد قائلا الثانية ان يمزجه المشتري

بارداء منه وللبائع هنا ايضا الخيار بين الفسخ فيرجع في عينه بالكيل والوزن وبه قال
الشافعي ومالك لما تقدم في المساوي فاذا رضي بالارداء كان اولى وقال احمد يسقط
حقه من العين بمجرد المزج سواء الاجود والارداء او المساوي وقد تقدم بطلانه لان
عين ماله موجودة من طريق الحكم فكان له الرجوع كما لو وجد عين ماله منفردة لانه ليس
فيها اكثر من اختلاطها وهو لا يخرج الحقيقة عن حقيقتها فاشبهت صبغ الثوب وبل
السويق بالزيت واحتج في الشرائع وجامع المقاصد بانه قد رضي بدون حقه فله ذلك
وهل للبائع المطالبة بالبيع هنا او لا صح بالاول في التحرير والمحكي في لف عن المبسوط
وفيه نظر بل الاقرب الثاني الثالثة ان يمزج المشتري العين المنتقلة اليه بالاجود
وهل للبائع حق الرجوع في عين ماله او لا بل ليس له الا الضرب مع الغرماء بالثمن فيه
قولان احدهما انه لا رجوع له ح فيبطل حقه بالمزج بالاجود وهو للغنية والتبصرة
والارشاد والتحرير وكره وعد والمحكي في لف عن ط وثانيهما ان حقه لا يبطل ح بل
له الرجوع في عين ماله كما في الصورتين المتقدمتين وهو للمختلف والمحكي فيه عن ابن
الجنيد واختاره في جامع المقاصد كما هو ظاهر لك وحكاه فيه عن التحرير للاولين
وجهان الاول ما تمسك به في المبسوط والتذكرة واشار اليه في لك من ان العين
باعتبار مزجها بالاجود بمنزلة التالفة فليست موجودة من طريق المشاهدة ولا الحكم
اما الاول فللاختلاط والمزج واما الثاني فلانه لا يمكن الرجوع الى عينه بالقسمة
واخذ المقدار الممتزج للاضرار بصاحب الاجود وقد يناقش فيما ذكر بان تلف العين
ان ادعى استناده الى نفس الامتزاج او الى الامتزاج بالمغاير فهما حاصلان فيما
سبق من الصورتين فيلزم تحقق التلف هنا ايضا وهم لا يقولون به وان كان
ادعى استناده الى خصوصية الامتزاج بالاعلى فهو تحكم بحت وقد اشار الى ما ذكرناه في
لك قائلا بعد الاشارة الى الوجه المذكور وهو ضعيف لان العين موجودة يمكن

العشمين

التوصل الى الحق بالقيمة ولو اثر مثل هذا الاخلاط في ذهاب العين لزمه مثله في
الاخريين وكذا اشار الى ذلك في جامع المقاصد بقوله فان الخلط بالاجود لا يصيره العين
تالفة الثاني ان الاصل والقاعدة المستفادة من قوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله
المؤمنون عند شروطهم لزوم العقد وعدم جواز الرجوع للبايع في عين ماله خرج من
ذلك بعض الصور ولا دليل على خروج محل البحث فينفي منه بما تحته لا يقال
يدفع ما ذكر عموم قوله في بعض الاخبار المتقدمة اذا كان المتاع قائما بعينه رد
الى صاحب المتاع وليس للغرماء ان يحاصوه وقوله في خبر اخرى فصاحب المتاع
احق بما عدا اذا وجده بعينه ونحوهما صحيحة عمر بن يزيد وغيرها المتقدمتان
وبالجملة يدفع ما ذكر عموم الاخبار المتقدمة الدالة على رجوع البايع الى عين ماله اذا
وجدها واذ الاثنت قائمة بعينها لانا نقول ان تم صدق الصغرى وهو وجدان العين
وقيامها بعينها في محل البحث لصحة السلب وعدم التبادر سلمنا الصدق حقيقة
ولكن نمنع من انصرافه لاطلاق اليه وقد نبه على ما ذكرنا في مجمع الفائدة قائلا و
النقر بالجملة ان كان الصلح الى البقاء عرفا فلا ينبغي الرجوع في الكل ويمكن دفع الضرر من ٢
الجانبين بتقويم مال البايع والمشتري فيكون شريكا بنسبة القيمة في العين و
الاصل والقاعدة يقتضي عدم الرجوع الا انه احوط صدق النص المتقدم وليس ذلك
بظاهر مع المزج والتغييرات فانه لا يقال يوما ان المتاع الممزوج باق بعينه وانه
خفى وهما موجهان في الروايتين لا يقال لو كان المزج مقتضيا لسلب اسم الصغرى
اولعدم انصرافه الاطلاق لكان اللازم الحكم بعدم جواز الرجوع في الصورة الاولى
الثانية ايضا وهو باطل لما عرفت من ظهور اتفاق الكل على جواز الرجوع فيهما لانا نقول
هذا النقض مدفوع بان الفارق بين الصور الماضية ومحل البحث هو ظهور الاتفاق
على جواز الرجوع في الاول دون الثاني ولولا هذا الفارق لكان اللازم الحكم باتحاد ٢

حكم

حكم جميع الصور الثلث ثم وللاخيرين وجهان ايضا احدهما اصالة انتفاء جواز الرجوع
فيما اذا حصل المزج بعد الافلاس الموجب للرجوع وثانيهما ما ذكره في جامع المقاصد
قائلا والحاصل ان قول الشيخ بسقوط الحق من الرجوع بالخلط بالاجود لان العين
كالتالفة ضعيف لان العين موجودة قطعا غايته ما هنالك انه تعذر تمييزها
لكن لم يتعذر الرجوع الى عينها بان يباع فكيف يسقط ذلك ويختص الاسوة في الضرب
بالثمن وقد اشار الى هذا الوجه في المسالك ايضا وفي كلا الوجهين نظر والاقرب عندي
هو القول الاول وهو احوط ايضا فلا ينبغي تركه وعلى الثاني فطريق توصل
كل منهما الى حقه على ما صرح به في المسالك ان يباعا ويكون لكل منهما بنسبة ما يخصه من
القيمة فلو كانت قيمة زيته درهما والممزوج به درهمين بيعا واخذ البايع
ثلث الثمن ثم صرح بانه يحتمل ان يكون له ذلك في الخلط بالارديء ايضا قائلا لانه حقه
والحال ان العين باقية وقد تعذر التوصل لها فيعدل الى القيمة واختاره في
التحرير ثم حكى عن الشيخ في الاجود قولا اخر قائلا وحكى الشيخ في قسم الاجود قولا
ثالثا وهو ان يدفع الى البايع من عين الزيت بنسبة ما يخصه فاذا خلط جرة تساوي
دينارا بجرة تساوي دينارين فللبايع قيمة ثلث الجميع فيعطي ثلث الزيت وهو
ثلثا جرة ثم ضعفه باستلزامه الربا وهو مبني على القول بثبوته في كل معاوضة
ولو خصصناه بالبيع لم يكن بعيدا وضعف في جامع المقاصد ما حكاه الشيخ وكذا
واختاره ما ال اليه في المسالك وينبغي التنبيه على امور الاول صرح في التذكرة بانه
اذا قلنا الخلط يلحق المبيع بالمفقود لو كان احد الخليطين كثيرا والاخر قليلا لا
يظهر به زيادة في الحس ويصح جعله تبعا مثله بين المثلين فان كان الكثير للبايع فهو
واجد عين ماله وان كان الكثير للمشتري فهو فاقده وما ذكره في غاية الجودة الثاني
صرح في التذكرة ايضا بانه لو كان المخلوط من غير جنس المبيع كالزيت بالشيرج فهو

تأخذ عين ماله وليس له الفسخ ح ويكون بما به مال و تلف المبيع فيضارب بالثمن قاله
الجويني وما ذكره من انه لا فسخ له ح توجيه ايضا **منهل** اذا مات المديون
حل اجل ما عليه من الديون المؤجلة فيجوز للغرماء اخذها بعد موته معجلا ولا يجب
عليهم الصبر حتى ينقضي الاجل وليس لورثة المديون الامتناع من الاداء وقد صرح بذلك
في الناصريات والخلاف والنهاية والغنية والسرائر والشرائع والتبصرة والارشاد و
التذكرة والقواعد والتحرير واللمعة والروضة وجامع المقاصد ولك وضه ومجمع الفائدة
وغيرها ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها تصريح الخلاف وجامع المقاصد
بدعوى الاجماع عليه بل صرح في الاول بانه مجمع عليه بين المسلمين قائلا من مات وعليه
دين مؤجل حل عليه بموته وبه قال ابو حنيفة والشافعي ومالك واكثر الفقهاء الا الحسن
البصري دليلنا على بطلان مذهب الحسن اجماع الفرقة بل اجماع المسلمين لان خلافه قد
انقرض وهو واحد لا يعتد به لشذوذه وبعضها ادعاه اولا تصريح الغنية بان ذلك
لا خلاف فيه الا من الحسن البصري وثالثا تصريح لك بانه موضع وفاق ورابعا تصريح
مجمع الفائدة بان الظاهر انه اجماعي لا يقال يستفاد من كلام السيد في الناصريات ان
اصحابنا لم يتعرضوا لهذه المسئلة حيث صرح بانه لم يعرف لاصحابنا فيها مفتيا وانما افتى
بحلول الاجل ح فقهاء الامصار فيحصل الوهن فيما ادعاه ولذلك لما عد من الاجماع
لانا نقول لا يتطرق الوهن فيما ادعوه بما قاله السيد قطعا ووجهه واضح جدا ومنها
ما صرح به في لك وضه من انا لو امرنا الورثة بالتصرف لزم الضرر على المالك وان
منعناهم لزم الضرر عليهم فوجب القول بالحلول دفعا للمفسدة بخلاف موت من له الدين
واليه اشار السيد في الناصريات بعد تصريحه باختياره الحلول هنا بقوله ويمكن ان يستدل
عليه بقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين علق القسمة بقضاء الدين فلو اخرت
تضررت الورثة ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة من ان بقاء الدين على الميت بعد موته لا

معنى له

معنى له ومعلوم انه لم ينتقل الى ذمة الورثة للاصل ولعدم تكليف احد بشغل غيره والزام الشارع
السيد في الناصريات بقوله ولانه يلزم انتقال الحق من ذمة الميت الى ذمة الورثة وغرم
الحق لا ينتقل الا برضا من له ومنها جملة من الاخبار احدها ما تمسك به في مجمع الفائدة
من خبر الحسين بن سعيد الذي وصفه بالصحة قال سألته عن رجل اقرض رجلا دراهم الى
اجل مسمى ثم مات المستقرض ايحل مال القارض عند موت المستقرض فجوته فقال
اذا مات فقد حل مال القارض وصرح بانه لا يضر الاضمار هنا وهو جيد وثانيها ما تمسك
به فيه ايضا من رواية ابي بصير قال قال ابو عبد الله عليه السلام اذا مات الميت حل ماله وما عليه
وثالثها ما تمسك به فيه ايضا من خبر السكوني عن جعفر عن ابيه عليهما السلام انه قال اذا كان على
الرجل دين الى اجل ومات الرجل حل الدين ومنها ما تمسك به فيه ايضا قائلا ويدل عليه
ايضا الاخبار الدالة على عدم الصلوة على الميت حتى ضمن عنه وينبغي التنبيه على امور الاول
اذا مات المديون فهل يحل بموته ماله من الديون المؤجلة كما عليه او لا يحل اختلف الاصحاب في
ذلك على قولين الاول انه لا يحل بل لا يجوز للوارث المطالبة به حتى ينقضي الاجل وهو للخلاف
والغنية والسرائر والشرائع والنصرة والتحرير ولف والارشاد والايضاح والدروس والعبر
وجامع المقاصد ولك وضه ومجمع الفائدة والمحكي عن ط وصرح في لك بانه المشهور الثاني
انه يحل كما عليه فيجوز للوارث المطالبة به بعد موته فورا وهو للنهاية والمحكي في لف والايضاح
عن ابي الصلاح وابن البراج والطبرسي للاولين وجوه احدها ما تمسك به في لف والايضاح
وضه ولك واشار اليه في جامع المقاصد ومجمع الفائدة من ان الاصل بقاء الاجل فيخرج منه
بعض الصور ولا دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا تحته وثانيها ظهور الخلاف في
دعوى الاجماع على عدم الحلول هنا لقوله انه اذا كانت له ديون مؤجلة فلا تحل بلا خلاف الاشاقه
الا رواية شاذة رواها اصحابنا انها تصير حالة ويعضده ما ذكره اولا تصريح الغنية ايضا
بانه لا خلاف في ذلك الا ما رواه بعض اصحابنا انه يصير حالا وثالثها الشهرة المحققة والمحكية

بل الظهور اتفاق المتاخرين على ذلك وثانيها انه لو كان الحلول هنا وثالثها انه لو كان
الحلول هنا ثابتا لبعض لتظافرت الاخبار به واشتهر والتالي بط فتم وللاخرين وجهان
احدهما رواية ابي بصير المتقدمة واجاب عنها في لف وجامع المقاصد ولك بضعفها
بالارسال كما اشار اليه في مجمع الفائدة ايضا قائلا والرواية ضعيفة بالارسال فانه رواها
محمد بن عبد الجبار عن بعض اصحابه عن خلف بن حماد عن اسمعيل بن ابي قرة وهو ايضا مجهول
وابي بصير مشترك وفي خلف ايضا قول وان كان ضعيفا فلا يمكن الخروج مما ذكرناه بمثلها
ولا بما قال الفقيه وقال الصادق عليه السلام اذا مات حل ماله وما عليه وبعضهم ما
ذكر ومع تصريح الشرايع بان الرواية مهجورة وتصريح الخلاف والسرائر بانها شاذة وتصريح
الخلاف بانه رواها اصحابنا لا يدل على اعتبارها اما اولا فلان روايتهم لا تدل على عملهم
عليها بالضرورة واما ثانيا فلما ذكره في السرائر قائلا وما ذكره في نهايته فهو خبر شاذ
من اخبار الاحاد واخبار الاحاد لا يجوز العمل بها وقد شهد به الشيخ في مسائل الخلاف
وقال الاول رواية شاذة رواها اصحابنا انه تصريح له فلو كان عاملا باخبار الاحاد لما قال ذلك
ولا ساغ له ترك العمل بالرواية وبخبر الواحد وكلما قال عنه انه كان يعمل باخبار الاحاد
فهو مجروح بقوله هذا وجميع ما يورده ويذكره في نهايته فانما الا يستشهد بعضه الادلة فهي
اخبار احاد يوردها كما اورد هذه الرواية فلا يظن ظان انه اذا قال روى اصحابنا او رواية
اصحابنا ان جميع الامامية روت ذلك وتواترت به واجمعت عليه وانما مراده ان هذا القول
والرواية من جهة اصحابنا ورواتها منهم لا من رواية مخالفيهم فهذا مقصوده ومراده فلا يتوهم
عليه غير ذلك فيغلط عليه ويعتقد ان جميع ما يورده ويطلقه في نهايته اعتقاده وحق
وصواب وثانيهما ما اشار اليه في ضه من القياس على موت المديون وهو بط كما صرح به
فيها اما اولا فلعدم جواز العمل بالقياس عندنا واما ثانيا فلانه مع الفارق كما صرح به
في لف ذلك الثاني صرح في الغرب بانه لو مات وعليه دين مؤجل حل اجل ما عليه سواء

كان الميت

كان الميت محجورا عليه اولا وسواء وثق بالورثة اولا وهو جيد الثالث صرح في الروضة
بانه يحل الديون المؤجلة اذا مات المديون سواء في ذلك مال السلم والجناية المؤجلة و
غيرهما للعموم وكون اصل السلم يقتضي قسطا من الثمن واجل الجناية لتعيين الشارع
ولتحقق الفرق بين الجنايات لا يدفع عموم النص وهو جيد منهل اذا افلس
البايع مسلما فان وجد المشتري عين ماله جاز له اخذه وكان احق به من سائر الغرماء كما
صرح به في التحرير ولف ولك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه واحتج عليه في لك بالعمومات
المتقدمة قائلا ووجهه مع وجدان عين ماله دخوله في العموم وكما يجوز له الاخذ يجوز له
الضرب بدينه وهو المسلم فيه فيتخير بين الفسخ فياخذه وبين الضرب بدينه كما صرح به في
لك بل الظ انه مما لا خلاف فيه وان وجده هالكا فهل يتعين الضرب بالدين وهو
المسلم فيه اولا بل يتخير بين الفسخ فيضرب بالثمن وبين الامضاء فيضرب بالمسلم فيه
قولان احدهما انه يتعين الضرب بالدين وهو المسلم فيه ولا تخيير فيه وهو للمحكي في لف
ووجهه ما نبه عليه في لك من ان كل غريم اذا لم يجد عين ماله عند المفلس يضرب
مع سائر الغرماء فكذا هنا لعدم الفرق ويمكن ان يحتج عليه بان الاصل عدم صحة الفسخ
لما تقدم اليه الاشارة خرج منه بعض الصور ولا دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا
تحته وثانيهما انه يتخير بين الامرين المتقدم اليهما الاشارة وهو للشرايع ولف وشاد و
التحرير ولك ومجمع الفائدة وحكاه في ط عن بعض بلفظ قيل بل حكاه في لك عن الاكثر قائلا
وجهه ما تقدم في السلف انه متى تعذر المسلم فيه اذ لا صبر هنا لاحد من الغرماء وقد اشار الى
ما ذكره في مجمع الفائدة قائلا المعتمد القول الثاني لنا انه قد تعذر استيفاء المسلم فيه فكان
للمشتري فسخ البيع كغيره من اصناف السلم وح يضرب براس المال وفيما ذكره نظر والمسئلة
عندي محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط وهو لا يحصل الا بمراعات القول الاول
وينبغي التنبيه على امور الاول حكي في الغرب ولف عن الشيخ انه قال لا يتعين الضرب

بالمسلم فيه ان يقوم الطعام الذي يستحقه بعقد السلم ثم يضرب بالقيمة مع الغرماء وصرح
في ذلك بانه انما اعتبر القيمة لان الضرب باعتبار القيمة والا فالمرجع نفس الدين لكن
حكى في لف عن الشيخ بعد نقله عنه كيفية الضرب بالمسلم فيه انه قال ان كان في مال
المفلس طعام اعطي منه بقدر ما يخصه من القيمة وان لم يكن في ماله طعام اشترى له بالقدر
الذي يخصه من القيمة طعاما ما الذي يستحقه ويسلم اليه ولا يجوز له ان ياخذ بدل الطعام
القيمة بحصته لانه لا يجوز صرف المسلم فيه الى غيره قبل قبضه ثم صرح في لف كما في الغريب
بان الوجه الكراهة الثالث اشار في الغريب الى بعض ما يتفرع على القول الثاني فانه قال على
قولنا بجواز الفسخ يضرب بقيمة راس المال ويأخذ ما يخصه من جنس القيمة ومع عدم
الفسخ لو عزل له نصيبه من جنس القيمة فنقص السعر اشترى له ما يساوي المتاع نقدا
وقسم الباقي من القيمة بين الغرماء لان حظه في المتاع لا القيمة الرابع اشار في ذلك
الى شرط في القول الثاني فانه بعد التصريح باختياره وجب تقييده بما اذا لم يكن مال
المفلس من جنس المسلم فيه او يشتمل عليه يجب تمكين وفائه منه فلو فرض ذلك لم يكن له
الفسخ اذ لا انقطاع للمسلم فيه ولا تعذر ومن الممكن ان يصل الجميع حقه بان يفرض تصور
المال حين القسمة وان كان قاصرا كاملا فلابد من ملاحظة مثل هذا القيد وعلى تقدير
وصول البعض فلا وجه للفسخ فيه ايضا **منهل** اذا جنى على المفلس جناية فان
كانت خطاء تعلق حق الغرماء بالدية التي يستحقها ولا يجوز له العفو كما صرح به في الشرايع
والارشاد وعد والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة ولهم وجوه منها
ظهور الاتفاق عليه ومنها ما تمسك به في لك من ان العفو هنا تصرف مالي وهو ممنوع
منه ومنها ما اشار اليه في مجمع الفائدة قائلا وجه تعلق الديون بدية الخطاء على نفس
المفلس وكذا العمد بعد قبول الدية هو انه تجعل الدية من جملة التركة وفي حكم مال المقتول
كما هو المقرر عندهم والظاهر انه لا خلاف فيه ويدل عليه الخبر مثله وانه عبد الحميد بن

سعيد

سعيد في باب الديون قال سألنا ابا الحسن عليه السلام الى ان قال انما اخذوا الدية فعليهم ان يقضوا
عنه الدين ولا يضر عدم التصريح بتوثيق عبد الحميد بن سعيد مع كونه ضعيفا صاحب كتاب
لانها مؤيدة والحق في كره ولك بالمفلس عبده وموروثه فاذا جنى عليهما خطاء تعلق
بديتهما ايضا حق غرماء المفلس ولا يصح له العفو وان كانت الجناية على المفلس عمدا كان با
مخيرا بين القصاص وبين اخذ الدية ان بذلت له ولا يتعين عليه قبول الدية وليس
للغرماء مطالبته بالالتزام بها وقد صرح بذلك في الشرايع والتذكرة والقواعد والتحرير
والجامع وجامع المقاصد ولك وهو ظاهر الارشاد ومجمع الفائدة ولهم وجوه منها
ظهور الاتفاق عليه ومنها ما صرح به في جامع المقاصد من الاصل وقد اشار اليه
في لك ايضا قائلا لما كان الواجب في العمد بالاصالة هو القصاص والمال انما يلزم با
لتراضي كان المخير للمجني عليه مع بذل الجاني المال بين القصاص لانه حقه وبين اخذ
المال وبين العفو والمال انما يلزم بالتراضي لو بذل له عملا بالاصالة ومنها ما تمسك
به في الشرايع وكره ولك من ان وجوب قبول الدية اكتساب وهو غير لازم له الآن كما لا يلزم
قبول الهبة وان اتفق فلا كلام وان رضي بالمال وبذله الجاني تعلق به حق الغرماء كما صرح
به في الارشاد وعد والتذكرة ولك ومجمع الفائدة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه وان عفى عن
القصاص والدية معا سقط حقه منهما كما صرح به في الغريب ولك وهو جيد ومفصل في كره
قائلا وان عفى عن ~~القصاص والدية~~ مطلقا سقط حقه من القصاص ولم يثبت له لان موجب
جناية العمد القصاص خاصة وللشافعي قول بان موجبها احد الامرين اما القصاص او الدية
فان عفى عن القصاص ثبت له الدية وتعلق بها حقوق الغرماء وان عفى على غير مال فان قلنا
الواجب القصاص خاصة لم يثبت له شيء وان قلنا الواجب احد الامرين ثبت الدية ولم
يصح اسقاطها لحق الغرماء لان عفوه عن القصاص يوجب الدية فلا يصح منه اسقاطها
منهل للمفلس المحجور عليه الدعوى كما صرح به في التذكرة قائلا لا نعلم فيه خلافا وحجة

عليه بانها ليست تصرفا في مال بل استيجاب مال فاذا ادعى على غيره مالا فان اعترف المدعى عليه
او قامت له البينة المعتبرة شرعا ثبت له المال وتعلق به حق الغرماء كما صرح به في التذكرة
فان حلف ثبت وسقطت الدعوى كما صرح به في كره ولو اقام المفلس شاهدا واحدا عدلا
بما يدعيه فان حلف مع شاهده جاز واستحق المال وتعلق به حق الغرماء كما صرح به في يع
وعد والارشاد والتحرير ومجمع الفائدة بل الظ انه مما لا خلاف فيه وصرح في مجمع الفائدة
بان وجه حلفه مع شاهده ظاهر فانه حق له يثبت بهما كسائر الحقوق وان امتنع من
الحلف فهل يجبر عليه او لا صرح بالثاني في كره قائلا وانا منعنا من جبره على اليمين لانا لا
نعلم صدق الشاهد ولو علمنا ثبت الحق بشهادته من غير يمين فلا نجبره على الحلف على
انا لا نعلم صدقه ولانه ليس واجبا عليه وفي التطائف ما قاله مما لا خلاف فيه فهو المعتمد
وصرح به في مجمع الفائدة ايضا قائلا الظاهر جواز النكول وعدم تكليفه بالحلف للاصل
وهل يحلف الغرماء ح ويثبت بحلفهم الحق او لا فيه قولان احدهما انه لا يحلف الغرماء
ح ولا يثبت بحلفهم شيء وهو للشرائع وكره والارشاد ولك والتحرير والجامع ولك
ومجمع الفائدة بل صرح في لك انه قول الشيخ والاكثر ولهم وجوه منها الاصل ومنها
ظهور عبارة كره في دعوى الاجماع عليه حيث صرح بانه لم يحلف الغرماء عندنا ومنها
ما تمسك به في التذكرة ولك ومجمع الفائدة واشار اليه في جامع المقاصد من ان المال
للمفلس الى ان تقسمه الغرماء وان تعلق حقهم به والحلف لاثبات مال الغير وقد بينا عدم
جوازه ويظهر من مجمع الفائدة دعوى الاجماع عليه فانه قال كانه مجمع عليه وثانيهما انه يجوز
حلف الغرماء هنا وهو لابن الجنيد على ما صرح به في لف ولك وله ما اشار اليه في لف قائلا
احتج ابن الجنيد بانه اذا حلف الغرماء كان لهم المطالبة وكان النفع لهم فجاز لهم الحلف
ثم اجاب عنه بانهم ياخذون عن المفلس لا بالاصالة ونبه في لك على ضعف هذه الحجة قائلا
القول بالجواز لابن الجنيد بناء على عود النفع اليهم ويستحقون المطالبة وهو ضعيف اذ

لم يخرج

لم يخرج بذلك عن كونه مال المفلس وفي حلفهم اشكال من وجه آخر وهو ان كل واحد منهم
ان حلف على مجموع المال كان حلفا لاثبات مال الغير وهو باقي الغرماء وهو ممتنع زيادة
على ما تقدم وان حلف على بعضه وهو القدر الذي يصيبه بالتقسيط لم يثبت له جميع
بل بعضه لان مال المفلس لا يلتئم ثبوت جميع المال بهذا الحلف والاعتذار عن حلفه
على المجموع بانه انما يثبت به استحقاقه لا يدفع ما ذكرناه لانه يتضمن اثبات مال الغير
ايضا ولم يرجح في القواعد وجامع المقاصد من القولين فظاهرهما التوقف والاقرب عندي
هو القول الذي صرح في لك بدعوى الشهرة عليه **القول** في قسمة امواله وجملة
من الاحكام **منها** تستحب احضار كل متاع من امواله في سوقه حيث يراد
البيع ونحوه فيباع الكتب في سوق الوراقين والبز في سوق البزازين والحديد في سوق
الحدادين كما صرح به في كره وقد صرح باستحباب ذلك في الشرائع ولك وهو ظاهر الارشاد
والقواعد والتحرير والتذكرة لتصريحها بانه ينبغي احضار كل متاع في سوقه وان يباع كل شيء
في سوقه فان لفظة ينبغي يراد منها الاستحباب كما صرح به في مجمع الفائدة ولكن صرح في
جامع المقاصد بانها محتملة للوجوب والاستحباب وهو كك لغة ولكن الظاهر منها اطلاقها
عرفا الثاني وكيف كان فلا ريب ان ذلك ليس بواجب فيجوز له احضاره والبيع في غير السوق
اذا بيع فيه بثمن المثل كما صرح به في التحرير والتذكرة ولكنه مستحب لنا عدم الوجوب فللاصل
وعدم ظهور دليل له نص على الوجوب واستلزامه الحرج والضرر المنفيين احيانا ولا قائل
بالفصل قطعا مضافا الى ظهور الاتفاق عليه في الجملة واما الاستحباب فلفتوى الجماعة مع
قاعدة التسامح في ادلة السنن ولتصريح على ذلك في كره وذلك بان بيعه في سوقه مضبوط له واكثر
لطلابه ومعرفة قيمته ووقع تنوق الرغبة وهل يجب البيع في سوقه اذا علم بانه انفع له باعتبار
زيادة القيمة او ظن بذلك او لا يجب ذلك مطلقا يظهر من اطلاق الكتب المتقدمة الثاني وربما
يظهر من جامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة الاول وان الاستحباب يختص بصورة عدم الوثوق

باستقصاء الزيادة لو بيع في غير سوقه ولكن عرفت في الاخيرين بان الجماعة اطلقوا الاستحباب
ولا يخفى ان الاحتمال الاول احوط بل الاحوط مراعات كل ما يترتب عليه زيادة القيمة ولو كان
البيع في غير سوقه حيث لم يستلزم الحرج والضرر ولكن وجوبه محل اشكال بل الاقرب العدم
في غاية القوة وهل الاستحباب والوجوب هنا يتعلقان بالحاكم او بغيره الظاهر الاول وقد
صرح في عد بتعلق الاستحباب بالحاكم **منهل** يستحب احضار الغرماء عند بيع اموال
المفلس كما صرح به في الشرايع والتذكرة والك وهو ظاهر الارشاد وعد والتحرير بل صرحا بانه
ينبغي في لك وهو ظاهر في الاستحباب كما تقدم اليه الاشارة ولكن صرح في جامع المقاصد بانه
هنا يحتمل الوجوب والاستحباب ثم نص في التذكرة على الاستحباب ولانه يباع لهم وربما
رغبوا في شراء شيء فيزادوا في ثمنه فانتفعوا هم والمفلس وثانيها بانه اطيب لقلوب الغرماء
وثالثها بانه ابعد من التهمة وصرح فيها بانه يستحب احضار المفلس او وكيله ولا بأس به
وصرح به في لك ايضا قائلا وكذا يستحب حضور المفلس او وكيله فانه اخبر بقيمة متاعه واعرف
بجيده من رديه فيتكلم عليه ويخبره بقدره ويعرف المعيب من غيره وربما كان اكثر للرغبة
فيه وابعد عن التهمة واطيب لنفس المفلس وقد اشار الى هذه الفوائد في التذكرة وجامع
المقاصد معللين اقتضائه كثرة الرغبة فيه بان شراء المال من مالكه احب الى المشتري واقتصر
في مجمع الفائدة على الحكم باستحباب احضار الغرماء والمفلس معللا الاخير بانه يطمئن قلب
المشتري ويظهر ثمن امواله فانه عرفه وهل يجب احضار الغرماء اذا رجى به الزيادة في
الثمن ولا نظير للاول من جامع المقاصد والك ومجمع الفائدة وهو احوط وان كان في تعينه نظر
كما تقدم اليه الاشارة والظاهر ان الحكم هنا يتعلق بالحاكم كما صرح به في القواعد والتحرير وعليه يحمل
اطلاق ما عداها كالشرايع والتذكرة وغيرهما **منهل** اذا كان في مال المفلس ما يخشى
ويخاف تلفه كالفواكه فهل يستحب تقديم بيعه على ما لا يخشى تلفه او لا بل يجب فيه قولان
احدهما انه يستحب ولا يجب وهو صريح الشرايع وظاهر القواعد لتصريحه بانه ينبغي البدأة بما

لخوف

لخوف تلفه وهذا الاصل وعدم ظهور دلالة نص معتبر بل وغيره على وجوب ذلك وثانيهما
انه يجب ذلك وهو صريح جامع المقاصد والك فان الاول صرح بانه لا ريب في وجوب
هذا والثاني صرح بان تحصيل هذا من المستحب ليس بواضح بل الاجود وجوبه وربما يستفاد
من كلامهما من الارشاد والتحرير والتذكرة لتضمنها الامر بالمبادرة الى بيع ما يخشى تلفه
اولا وهو ظاهر في الوجوب وضعفا ولذا صرح في مجمع الفائدة بان ظاهرهم وجوب
مبادرة الحاكم الى بيع مال المفلس الذي يخشى تلفه ونظيره فيه انه موافقة المتن في
ذلك اذا ظن بالتلف وعلم به بل صرح بذلك الشيخ ولهم وجوه منها ما اشار اليه في
التذكرة والك فقالا بل يجب ذلك لئلا يضيع على المفلس ولا على الغرماء وفيه نظر لجواز
احتمال التضييع عليهم ولو كان نظرنا لا دليل على وجوب دفعه من شيء من الادلة
الاربعة ومنها ما اشار اليه في جامع المقاصد والك من وجوب الاحتياط على
الامناء والوكلاء في اموال من ائتمنهم والحاكم اولى لان ولايته قهرية فهي ابعد من
مسامحة المالك فلا يجوز له تعريض مال من حجر عليه للتلف ولكن صرح الاول بعدما ذكر
بانه يمكن ان يقال كون الشيء مخوفا تلفه في نفسه لا يقتضي حصول خوف التلف في
الوقت فلا يلزم وجوب المبادرة اليه لان ذلك انما هو عند خوف التلف ولا يلزم من
كون الشيء مخوف باعتبار شأنه وجنسه ان يكون مخوف التلف في وقته وسببها
ان التصرف في مال الغير بغير اذنه حرام لعموم قوله ص لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب
نفسه خرج منه صورة تقديم بيع ما يخشى تلفه ولا دليل على خروج صورة تأخيره
فيبقى مندرجا تحت العموم والمسئلة لا تخلو عن اشكال ولكن الاحوط هو القول الثاني
فينبغي مراعاته بل هو الاقرب وينبغي التنبيه على امور الاول ترك هذا الواجب
لئن يكثره مع عدم الاضرار على الاقرب الثاني اذا ترك عمدا او سهوا وحصل
التلف فهل يضمن التارك للواجب عليه او لا فيه اشكال ولكن الاحتمال الاول في غاية

وجوب

القول مع انه لوحظ الثالث اذا رضي المفلس والغرماء واحدهما بالتاخير فهل يرتفع
الفسخ اولا فيه اشكال ولكن الاحتمال الاول اقوى لاصالة بقاء الوجوب في
بعض الصور ويلحق الباقي بظهور عدم القائل بالفصل بينهما فتم الرابع اذا قدم بيع ما
حقه التاخير عمدا او سهوا فهل يفسد ام لا فيه اشكال ولكن الاحتمال الثاني في غاية القوة
الخامس لا فرق فيما يخشى فساده بين ان يكون قيمته قليلة نازلة كعشرة دراهم مثلا
او كثيرة عالية كالف درهم مثلا لاطلاق الفتاوى وعموم الوجه المتقدم السادس
يحصل خشية الفساد وخوفه بالظن به وبالشك فيه بالمعنى المتعارف ويلحق
صورة العلم به بطريق اولى واما اذا علم او ظن بعدم الفساد بالتاخير فلا يتحقق
الخشية والخوف فلا يجب التقديم السابع صرح في التذكرة بانه يستحب ان يباع
الرهن بعد بيع ما يخشى تلفه وهو ظاهر القواعد والمراد به على ما صرح به بعض
الاجلة ويظهر من التذكرة ذلك انه اذا كان للمفلس مال مرهون عند احد فانه يبدأ
ببيعه بعد بيع ما يخشى فساده واحتج عليه في ذلك وغيره بانه ربما زادت قيمته
فيضم الزائد الى مال الغرماء ويقسم عليهم وربما نقصت فيضرب المرتهن بالناقص
مع الغرماء ويظهر من الارشاد وكذا الجامع المخالفة في ذلك اما الاول فلظهوره
في وجوب الترتيب الذي صرح في التذكرة باستحبابه وفيه نظر لعدم الدليل عليه على
انه صرح في ذلك بان هذا التقديم مناسب

[illegible]

[illegible]

بسم الله الرحمن الرحيم وبه نثق

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطاهرين

كتاب مناهل الحجر **مقدمة** الحجر لغة هو المنع كما صرح به في الشرايع وعد وكرة
وغيرها وصرح في الرياض بانه لغة المنع والحظر والتضييق وفي لك بانه لغة المنع والتضييق
ومنه سمي الحرام حجرا لما فيه من المنع واما المحجور فقد عرفه الشارع بانه الممنوع من التصرف
في ماله وصرح في الشرايع بان المحجور شرعا هو الممنوع من التصرف في ماله ولا اشكال في
شرعية الحجر وقد استدل عليها في الرياض بالكتاب وهو قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء اموالكم
التي جعل الله لكم قياما وقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم
رشدا فادفعوا اليهم اموالهم وبالسنة والاجماع وينبغي التنبيه على امور الاول
صرح في لك والرياض بان الحجر على قسمين حجر الانسان لحق غيره كالمفلس لحق الغرماء والمريض
لحق الورثة والمكاتب لحق السيد والراهن لدين المرتهن وحجر عليه لحق نفسه وهو ثلثة الصبي
والمجنون والسفيه الثاني صرح في النافع ويع وعد بان موجبات الحجر ستة الصغر والجنون
والسفه والرق والمرض والفلس واحتج في الرياض على ان هذه الستة من موجباته بدعوى
الاجماع على ذلك في كلام جماعة وفي المحكي عن كره وبالنصوص المستفيضة من الكتاب والسنة
الدالة على سببية بعضها وبذلك تخصص الاصل وعموم الادلة باثبات السلطنة كما صرح به
وهل ينحصر الموجبات في تلك الستة او لا يظهر من الكتب المصرحة بها الاول وعلل الحصر
بان الحجر اما عام للاموال والذمم او خاص بالاول والاول اما ان يكون ذا غاية يعلم سببها ذوالله
ام لا والاول ذو السبب الاول والثاني ذو الثاني والثاني اما ان يكون الحجر فيه مقصورا
على مصلحة المحجور عليه او لغيره والاول ذو السادس والثاني اما ان يكون مالكا
للمحجور عليه ولا والاول ذو الثالث والثاني اما ان يكون موقوفا على حكم الحاكم او لا
والاول ذو الخامس والثاني ذو الرابع وصرح في لك بان حصر اسبابه في الستة المذكورة

جعلي لا استقرائي ولا اما سواه وقد جرت عادة الفقهاء بالبحث عن هذه الستة وعقد
الباب لها ويبقى اقسام كثيرة يتناولها التعريف ولا يذكرونها كالحجر على الراهن وعلى
المشتري فيما اشتراه قبل دفع الثمن وعلى البايع في الثمن المعين وعلى المكاتب في كسبه
لغير الاداء والنفقة وعلى المرتد الذي يسوغ عوده وغير ذلك مما هو مذكور في
تضاعيف الفقه **منهل** لا اشكال في ان الصغير الذي لم يبلغ ذكرا كان او
انثى او خنثى احرارا كانوا او مماليك مميزين كانوا او لا ممنوع من التصرف في الاموال
ويرتفع عنه ذلك المنع بعد البلوغ والرشد وقد صرح بذلك في الغنية والشرايع
والنافع والتبصرة والارشاد وعد والتحرير واللمعة وضة والكفاية والرياض ولهم
وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها تصريح مجمع الفائدة بدعوى اجماع الامة على
ذلك في الجملة وتصريح بعض كغيره بانه صرح في التذكرة بدعوى الاجماع عليه ومنها
ما تمسك به بعض الاجلة بعد نفيه الخلاف في ذلك من قوله تعالى وابتلوا اليتامى
الآية ومنها ما تمسك به بعض الاجلة ايضا من خبر الاصبغ بن نباتة عن امير المؤمنين
انه قضى ان يحجر على الغلام حتى يعقل **منهل** يعرف البلوغ الذي به
يرتفع الحجر من الصبي ويتعلق التكاليف الملزمة من الوجوب والحرمة ويترتب كثير
من الاحكام الشرعية التكليفية والوضعية بامور منها السن ولا اشكال ولا خلاف
في كونه من الاسباب الشرعية المعتبرة بالنسبة الى الذكر والانثى وقد اختلف الاصحاب لمعرفة
في تعيين السن الذي يعلم به بلوغ الذكر على اقوال احدها انه اذا بلغ خمس عشرة سنة
حكم ببلوغه والا فلا وهو للخلاف والغنية والسرائر والنافع والشرايع والتحرير وعد
ولف وكره والارشاد واللمعة ولك والرياض والوسائل والمصابيح وربما يظهر من مجمع
البيان وجامع المقاصد وقد حكاه السيد الاستاد قدس سره عن ابن حمزة ويحيى بن سعيد
والشهيد والآبي والسيوري والصيمري وجدي التقي المجلسي والفاضل الاسترابادي

والجواد الكاظمي وشيخنا الحائري وغيرهم وقد صرح بدعوى الشهرة عليه في المقتصر ذلك
ومجمع الفائدة والمصابيح والرياض وصرح في المصابيح بانه نص على ان هذا القول مشهور
بين الاصحاب في المهذب وشرح الشرايع والكفاية والمفاتيح وشرحه وعوالي اللئالي وملاذ
العباد وثانيها انه يحكم بلوغه اذا بلغ ثلث عشر سنة واكملها ودخل في الرابع عشر وهو
للكفاية والمفاتيح وربما يظهر من مجمع البيان واستظهره فيه وفي الكفاية من يب وصا وحكيا
من بعض وحكاه في التنقيح عن الاسكافي وصرح في المصابيح بانه عزاه في المجمع وقلائد الدرر الى ظاهر
الصدوق وزاد الاول نسبته الى الشيخ في صا ونسب القول به في شرح المفاتيح الى ابن الجنيد وبتقضيه
ظاهر التنقيح والمهذب البارع والغوالي ومال الى هذا القول من المتاخرين السيد الاستاد
واختاره بعض من تاخر عنه وقواه القاسانان واحتمله المولى الاردبيلي تارة وقواه اخرى وحكى
بعض الاجلة عن بعض فاضل متاخري المتاخرين انه حكى عن بعض القدماء والشيخ في كتاب الاخبار
واكثر محققي المتاخرين القول بحصول البلوغ بالدخول في الرابع عشر وثالثها انه يحكم بلوغه اذا
بلغ عشر سنين وهو المحكي في الكفاية عن بعض للقول الاول وجوه منها تصريح الخلاف في الغنية
بدعوى الاجماع على ذلك ويعضده اولا الشهرة العظيمة المحققة والمحكية في كثير من العبارات وثانيا
تصريح مجمع البيان بان ذلك مذهب اصحابنا وثالثا تصريح لك بان ذلك كاد ان يكون اجماعا
ورابعا تصريح المصابيح بتنصيص التذكرة على دعوى الاجماع على ذلك وخامسا تصريح المصابيح
ايضا بان دعوى الاجماع على ذلك ظاهر من كنز الفوائد والمسالك الجوادية وبلوغ المنتهى وكشف
الرموز وتلخيص الخلاف ونهاية الشرايع ثم صرح بان ذلك قضية اتحاد المخالف في ابن الجنيد
على ما يظهر من المختلف والمهذب البارع وشرح الشرايع وعوالي اللئالي والمخالف متميز
معروف النسب فلا يقدح خلافه في الاجماع ومع ذلك فالقول بالاربع عشر المنسوب اليه ضعيف
الماخذ شديد الوهن بين الشذوذ فيسقط من البين ويتعين سقوط القول المشهور
لعدم القائل بالفصل ولو تطرق المنع الى الاجماع من الخلاف المتقدم والمتاخر فلا ريب في تحققه

[illegible]

فيما بينها حيث ارتفع الخلاف السابق ولم يتجدد القول اللاحق وذلك من عهد السيد ابي المكارم
ابن زهرة الى زمن الشهيد الثاني طاب ثراهما فان اقوال هذه الطبقة المتوسطة متطابقة
على الخمس عشرة وفتاوى ائمتهم بذلك ظاهرة لا تنكر وتصانيفهم المحفوظة المضبوطة تشهد بذلك
وقطعهم فيها بالحكم بل الاجماع عليه وعدم نقلهم الخلاف فيه الا عمن سبق يكشف عما هنالك
وهذا الاجماع ناهض على ما بعده كاشف عن بطلان الخلاف الواقع قبله ومنها ما تمسك به
في المصابيح من الاستصحاب فان الاصل عدم البلوغ والتكليف وبقاء الحجر والولاية عليه الى ان
يعلم الناقل عنه ولا يعلم الا باكمال الخمس عشرة فيكون بلوغا دون ما قبله وهو المطلوب ثم بين
وجه التمسك بالاستصحاب هنا بعد الاشارة الى دلالة حجيته وثبوتها في النفي والاثبات
والثابت والزائل والصحيح واللازم والمظنون والمشكوك والموضوع والحكم فاثلا والمطلوب
بالاستصحاب في المسئلة اثبات الحكم اذ المشتبه فيها حكم السن المعلوم الاصل لا اصل السن
المعلوم الحكم فالموضوع والحكم هنا متعاكسان في الاستصحاب فلو علم سن البلوغ ولم يعلم بلوغ
ذلك السن فمقتضى الاستصحاب نفي الاكثر بخلاف ما لو بلغ سنا ولم يعلم انه بلوغ فان
الاصل عدم البلوغ به كما عرفت ومقتضاه نفي الاقل نعم لو قيل ان البلوغ شرعا هو بلوغ الحلم
والسن كاشف كان المشتبه الموضوع والمنفي بالاستصحاب الاقل لان الاصل عدم بلوغ الحد
الكاشف لكنه خلاف ما عليه الاصحاب من ان السن بلوغ في الشرع وان كانت العلة فيه كشفه
عن غيره ومتى كان كذلك فالمشتبه الحد فالمشتبه هو الحكم دون الموضوع وموضوعيه البلوغ لبعض
الاحكام لا ينافي كونه حكما لان الحكم قد يكون موضوعا لحكم آخر ولا استحالة في ذلك بل خلاف
الجهة وافرق وجه الاستصحاب هنا والصقها بالمدعى استصحاب عدم البلوغ فانه نفي صريح
والمطلوب منه عين المستصحب دون لازمه والتمسك به لا يتوقف على ضميمة عدم القول
بالفصل ونحوه وهو من الامور القارة الثابتة كعينه واضافته الى ما يرجع الى الزمان لا يخرجه
من القرار ومعنى اصل عدم البلوغ ان الاصل عدم حصوله زمانا فالبلوغ لا بقاء زمان عدم

المطلوب

عدم البلوغ واستصحاب غير القابل انما يلزم لو اريد الثاني دون الاول ويمكن ان يتمسك في
باصل البراءة من التكليف لا لكونه حادثا منفيا باصل العدم ليرجع الى الاستصحاب ولا
للاصل الشرعي المستفاد من نحو قولهم ع كل شيء مطلق حتى يرد فيه نهي والناس في سعة ما لم
يعلموا وكلما حجب الله علمه على العباد فهو موضوع عنهم فان المفهوم من ذلك سقوط التكليف
بما لا يعلمه المكلف كما يظهر بالتدبر بل لان التكليف فرع البيان وهو مفقود في محل النزاع
لا يقال البيان موجود وهو الخطاب العام الصالح لكل مميز لان ذلك مشروط بالبلوغ ولم
يثبت قبل اكمال الخمس عشر وقد بينا فيما ذكرنا ما لا يخفى وقد يتمسك ايضا بان
الاصل بقاء الحجر وقد صرح في مجمع الفائدة بانه يدل على ذلك الاصل والاستصحاب وفي الرياض
بانه يدل عليه الاصول الكثيرة القطعية ومنها ان من لم يبلغ ما ذكر لم يبلغ النكاح وان
بلغ عشرا او ثلث عشر او اربع عشر فيجب ان يكون يتيما وهو ينافي كونه بالغا
بهذه الثلثة اما الاول فلان المراد ببلوغ النكاح القدرة على الجماع والانزال على ما صرح به
في مجمع البيان ومن الظاهر ان من لم يبلغ خمس عشر سنة لا يقدر على ذلك وان بلغ ما بلغ
واما الثاني فلقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا
اليهم اموالهم واما الثالث فلان الابتلاء وعدم وجوب رد الاموال لا يكون الا لعدم
البلوغ اذ لو بلغ واستانس منه الرشد لتم دفع الاموال بمقتضى قوله تعالى فان آنستم الاية
لا يقال لا نسلم انحصار القدرة على الجماع والانزال فيمن اكمل الخمس عشر بل قد يتفق في العشر
وفي اثناء الثلاث عشر والاربع عشر والخمس عشر لانا نقول ذلك نادر ان سلم وقوعه والنادر
في حكم المعدوم فلا ينصرف اليه الاطلاق ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة من عمومات
الاخبار الدالة على عدم حصول البلوغ الا بالحلم والانبات خرج منها ما اذا اكمل الخمس عشر
بالاجماع فيبقى غيره مندرجا تحته فمن تلك الاخبار النبوي المرسل والمرتضوي المسند رفع
القلم عن ثلثة الصبي حتى يحتلم ومنها خبر طلحة بن زيد عن ابي عبد الله ع اولاد المسلمين

اذا بلغوا

اذا بلغوا اثنتي عشرة سنة كانت لهم الحسنات فاذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات ومنها
خبر علي بن جعفر عن اخيه موسى ع قال سالته عن اليتيم متى ينقطع يتمه قال اذا احتلم وعرف
الاخذ والعطاء ومنها المرسل على الصبي اذا احتلم الصيام وعلى المراة اذا حاضت الصيام
ومنها انه لو تحقق البلوغ بالعشر او الثلث عشر او الاربع عشر لكتب عليه فيها ما له وما
عليه واخذ منه الحدود والتالي باطل فالمقدم مثله اما الملازمة فظاهرة واما بطلان التالي
فللنبوي المرسل المروي في كتب الفقه كالغنية كما عن كره اذا استكمل المولود خمس عشرة سنة كتبت
ما له وما عليه واخذ منه الحدود ومنها انه لو تحقق البلوغ في احد المذكورات لوجب
عليه الجهاد والتالي باطل فالمقدم مثله اما الملازمة فظاهرة واما بطلان التالي فللمرسل ان عبد الله
بن عمر قال عرضت على رسول الله ص عام بدر وانا ابن ثلث عشر فردني وعرضت عليه يوم احد
وانا ابن اربع عشرة سنة فردني ولم يرني بلغت وعرضت عليه يوم الخندق وانا ابن
خمس عشرة سنة فقبلني واخذني في المقاتلة وصرح في المصابيح بان هذه الرواية مشهورة
رواها جماعة من ارباب المغازي والسير ممن يوثق بنقلهم ثم نقل عن عيون الاثر انه صرح
بانه رد النبي ص يوم احد احداثا اسامة بن زيد وزيد بن ثابت واسيد بن ظهير ثم
اجازهم يوم الخندق وهم ابناء خمس عشرة سنة ومنها ما تمسك به في المصابيح من خبر حمزة
بن حمران قال سالت ابا جعفر عليه السلام قلت متى يجب على الغلام ان يؤخذ بالحدود التامة
ويقام عليه ويؤخذ بها قال اذا خرج عنه اليتم وادرك قلت فلذلك حد يعرف به فقال
اذا احتلم او بلغ خمس عشرة سنة او اشعر او انبت قبل ذلك اقيمت عليه الحدود التامة
واخذ بها واخذت له ثم قال والغلام لا يجوز امره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتم حتى
يبلغ خمس عشرة سنة او يحتلم او يشعر او ينبت قبل ذلك وقد صرح بصراحة هذه الرواية
في الدلالة على المدعى لا يقال هذه الرواية لا يجوز الاعتماد عليها لضعف سندها كما
اشار اليه بعض لانا نقول ضعف السند هنا غير قادح اما اولا فلانجباره بالشهرة العظيمة

[illegible]

التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف واما ثانيا فلما اشار اليه والدي العلامة قدس سره
من اشتماله على ابن محبوب المجمع على تصحيح ما يصح عنه ومنها ما تمسك به في المصابيح
من خبر يزيد الكناسي عن ابي جعفر عليه السلام قال الجارية اذا بلغت تسع سنين ذهب عنها
اليتم وزوجت ودفع اليها مالها واقيم الحدود التامة عليها ولها فقلت الغلام اذا
زوجه ابوه ولم يدرك كان له الخيار فاذا ادرك وبلغ خمس عشرة سنة او اشعر في وجهه
او ينبت في عانته مثل ذلك ومنها خبر ابي بصير عن الصادق عليه السلام في غلام صغير
لم يدرك ابن عشر سنين زنا بامرأة محصنة قال لا ترجم لان الذي نكحها ليس بمدرك
ولو كان مدركا رجمت وصحح في المصابيح باعتبار سند هذه الرواية فانه الطريق الى
الراوي وهو يزيد الكناسي في الروايتين صحيح واما يزيد الكناسي فانه كان هو ابا خالد
يزيد القماط الثقة فالحديث صحيح وبين يزيد لاتحاد الاسم والكنية وان الشيخ ذكر
الكناسي في رجاله ولم يذكر القماط ولم يذكر الكناسي مع ذكر روايتهما وعلى تقدير المغايرة
فالحديث حسن لما حكاه العلامة في الايضاح عن السيد الصفي محمد بن معد الموسوي عن الدارقطني
من عد ثلث العامر ان يزيد الكناسي شيخ من شيوخ الشيعة روى عن ابي جعفر وابي عبد الله
عليهما السلام لكنه ضبط بالثاء الموحدة والراء المهملة وابو قتادة فان الحسن بن محبوب السراد يروي
عنه كما اتفق في هذه الرواية وغيرها وقد عرفت انه ممن اجمعت العصابة على تصحيح ما يصح
عنه قال في الذخيرة ويزيد ابو خالد الكناسي ممدوح وقد عده من جملة المشايخ المذكورين
في الاسانيد وهذا يقتضي حسنا فيه مع انجبار ضعفه لو كان بعمل الاصحاب واستنادهم
اليه اينما ترى في هذا الباب ومنها ما تمسك به في المصابيح ايضا من خبر العباس بن عامر
الذي نقله من الخصال عمن ذكره عن ابي عبد الله عليه السلام قال يؤدب الصبي على الصوم ما
بين خمس عشرة سنة الى ستة عشر سنة ومنها ما تمسك به في المصابيح ايضا من خبر
الذي رواه من المقنع وفيه روي ان الغلام يؤخذ بالصيام ما بين اربع عشرة الى ستة

عشر ان

عشر الا ان يقوى قبل ذلك وصحح بصراحته وبصراحة الذي رواه عن الخصال في المدعى ولا يضر
ضعفهما سندا بالارسال والجهالة لانجباره بالشهرة العظيمة بل وعمل الاصحاب كما صرح به
ومنها ما تمسك به في المصابيح ايضا من خبر معوية بن وهب الذي وصفه في الرياض بالصحة
قال سألت ابا عبد الله عليه السلام في كم يؤخذ الصبي بالصلوة فقال فيما بين سبع سنين وست
سنين قلت في كم يؤخذ بالصيام فقال فيما بين خمس عشرة واربع عشرة وان صام قبل
قبل ذلك فدعه فقد صام ابني فلان قبل ذلك فتركته والتقريب في هذه الرواية على ما
صرح به مدعيا وضوحه هو انه متى كان الاخذ فيما بين الاربع عشرة والخمس عشرة تعينا وجب
ان لا يكون ما قبلهما ولا ما بينهما بلوغا فالبلوغ اما ان يكون باكثر العددين او بما بعده
لكن الثاني باطل باجماع علمائنا بل الضرورة من المذهب فتعين الاول وهو المطلوب ووجه
الدلالة في الرياض بظهوره في عدم الزامه بالصوم قبل الخمسة عشر لكان الخبر المنافي للوجوب
العيني وحيث لا قول بالوجوب التخييري حتى الاسكافي تعين حمل الاخذ فيه على الاخذ
الاستحبابي مضافا الى شهادة صدره به حيث سئل فيه في كم يؤخذ الصبي بالصلوة الخ ولا
الاول للاستحباب بالاجماع فكذا الثاني لظاهر السياق وتحديدها له بالحد المذكور بل لعله
صريح في ارتفاعه بالبلوغ اليه وهو ملازم للوجوب بعده اذ لا قائل بالاباحة حينئذ مع منافاته
للاعتبار ومنها ما تمسك به في المصابيح فانه لا يدل على ذلك ما رواه ثقة الاسلام الكليني
في الكافي والصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب بطريق فيه علي بن السندي وحده بينه يقرب من الصحيح
عن معوية بن وهب وهو ثقة مشهور قال سألت ابا عبد الله عليه السلام في كم يؤخذ الصبي بالصيام
قال ما بينه وبين خمسة عشر سنة واربع عشرة سنة فان صام قبل ذلك فدعه وفي الفقيه
ما بينه وبين خمسة عشر سنة واربع عشرة سنة بالعطف باو وهذا واضح والمعنى في
العطف بالواو كما في الكافي والتهذيب يرجع اليه لاستحالة ارادة الجمع هنا كما هو ظاهر ووجه الدلالة
في الرواية انه قد جعل فيها ما تقدم على الخمسة عشر سنة والاربع عشرة وقتا للتمرين ولا حد

على سبيل التأديب كما يقتضيه السياق والترديد بين العددين المذكورين ويقتضي ذلك
حصول البلوغ باحد الامرين لكن يشترط ان يكون بالاقل والا لم يكن الزمان المتوسط ترهيبا
فاللازم من الترديد كونه كذلك فيجب ان يكون بالاكثر وهو الخمسة عشر والمراد منه
على ما يستفاد من نقل العدد الذي لا يتم الا بالمجموع فلا يتحقق البلوغ الا باكماله والوجه في الترديد
بين العددين التنبيه على الفرق بين المتوسط بينهما والمتقدم عليهما في التضييق وعدمه
فان الصبي يضيق عليه فيه لبعده عن البلوغ وللقول الثاني وجهان احدهما ما استند
اليه في مجمع الفائدة من عموم ادلة التكليف على سبيل الوجوب والحرمة خرج منها بعض
الافراد كابن سبع سنين ولا دليل على خروج محل البحث فيبقى منه داخلا تحته وفيه نظر
اما اولا فللمنع من عموم معتبر يشمل محل البحث واما ثانيا فلان العموم المذكور على تقدير
تسليمه تخصيصه بادلة القول الاول التي هي ابعد منه من وجوه عديدة واما ثالثا
فلان ذا الثلث عشر ان كان مجتهدا فنطالبه بدليل حجية هذه العمومات بالنسبة اليه
وان كان غير مجتهد فنطالبه بالدليل على كونه مقلد المجتهد بل الحكم بوجوبه يتوقف على
بلوغه فلو توقف الحكم ببلوغه على وجوب التقليد لزم الدور وهو باطل وليس الامر كذلك
لو بلغ الخمس عشر فانه يحكم ببلوغه ووجوب التقليد عليه معا قطعا اللهم الا ان يقال
انه يجب على الصبي عقلا اما العمل بظنه في معرفة البلوغ او الرجوع الى المجتهد كما يجب
على البالغ معرفة الدين ومثل هذا الوجوب لا يتوقف على سبق العلم بالبلوغ فتامل
وثانيهما جملة من الاخبار احدها خبر عبد الله بن سنان الذي وصفه في الكفاية والرياض
بالموثقية عن ابي عبد الله ع عن قول الله عز وجل حتى اذا بلغ اشده قال الاحتلام
قال فقال يحتلم في ست عشرة وسبع عشرة سنة فقال لا اذا اتت عليه ثلث عشر سنة
كتبت له الحسنات وكتبت عليه السيئات وجاز امره الا ان يكون سفيها او ضعيفا
وثانيها خبر اخر لعبد الله بن سنان عن ابي عبد الله ع قال اذا بلغ اشده ثلث عشر سنة

كتبت

كتبت له الحسنات وكتبت عليه السيئات وعوقب فاذا بلغت الجارية تسع سنين فكذلك
وقد وصف هذه الرواية في الكتابين المذكورين والمصابيح بالموثقية وثالثها خبر اخر
لعبد الله بن سنان عن ابي عبد الله ع قال اذا بلغ اشده ثلث عشر سنة ودخل في الاربع
عشر سنة وجب عليه ما وجب على المحتلمين احتلم او لم يحتلم كتبت عليه السيئات وكتبت
له الحسنات وجاز له كل شيء الا ان يكون سفيها وقد وصف هذه الرواية بالحسن في
الكفاية والرياض بل ربما يظهر من مجمع الفائدة تصحيحها ورابعها خبر ابي حمزة الثمالي
عن الباقر عليه السلام قال قلت جعلت فداك كم يجري الاحكام على الصبيان قال في ثلث عشر
سنة واربع عشر سنة قلت فانه لم يحتلم قال وان لم يحتلم فان الاحكام تجري عليه وخامسها
خبر عمار الساباطي الذي وصفه في المصابيح بالموثقية عن ابي عبد الله ع قال سألته عن
الغلام متى تجب عليه الصلوة فقال اذا اتى عليه ثلث عشر سنة فان احتلم قبل ذلك فقد
وجب عليه وجرى عليه والجارية مثل ذلك ان اتى لها ثلث عشر سنة او حاضت قبل
ذلك فقد وجب عليها الصلوة وجرى عليها القلم وقد يقال لا يجوز الاستناد الى هذه
الاخبار في اثبات المدعى لعدم صلاحيتها لمعارضة ما دل على القول الاول اما اولا فلان ما
دل على القول الاول من الاخبار اكثر عددا ولا كذلك هذه الاخبار فانها اقل جدا خصوصا
على ما صرح به السيد الاستاد قدس سره في المصابيح من ان روايات عبد الله بن سنان الاصل
فيها واحد وهي عبد الله بن سنان فهي في قوة رواية واحدة وان تعدد الطرق اليه واما ثانيا
فلما صرح به في المصابيح ايضا من ان الاخبار الدالة على القول الاول اكثرها معتبر سندا بل فيها
الصحيح ولا كذلك هذه الاخبار فان بعضها ضعيف السند وبعضها قاصر السند بالموثقية
والحسن وليس فيها الصحيح واما رواية الحسن بن علي الوشاء التي استظهر في مجمع الفائدة صحتها
فليست بصحيحة عند الاكثر على ما صرح به في المصابيح فان الظاهر ان الاكثر عدوا حديثه من الحسن
دون الصحيح بناء على ان الذي قيل في مدحه انه من وجوه هذه الطائفة وعيونها وهو

لا يبلغ حد الوثوق وهو الذي اختاره الشهيد الثاني ثم حكى عن المفرج بان توصيف بعض
الاصحاب رواياته بالصحة محمول على الصحة الاضافية دون الحقيقية واما ثالثا فلما ذكره في
المصابيح من ان الاخبار الدالة على القول الاول موافقة لمقتضى الاصل والعمومات وظواهر
الكتاب والسنة والاجماعات المنقولة والشهرة ومنها ما هو صحيح السند نقي الطريق
متعدد الطرق صريح الدلالة على نفي الثلثة عشر وهو صحيحة ابن وهب فانه قد جعل فيها ما
بين الاربعة عشر والخمسة عشر زمانا للتمرين والتاديب واقصى ما يتصور معه الحكم بتحقق
البلوغ بالدخول في الرابعة عشر بناء على ان المراد من العددين الاخذ فيهما على خلاف الظاهر وانما
حصوله بالثلثة عشر والدخول في الرابعة عشر فهما لا ينافي فيه قطعا سواء اريد من العددين
الاكمال او الشروع وحديثا الثلثة عشر لا يصلح لمعارضته لعدم التكافؤ بينهما اما من جهة
السند فظاهر واما من جهة الدلالة فلكون الصحيحة المذكورة نصا في نفي الاقل من الاربعة
عشر مع امكان التاويل فيما دل على الثلثة عشر بالحمل على الاستحباب المؤكد او تحقق
البلوغ بغير السن من الاسباب كما ذكره غير واحد من الاصحاب ولا نا في ذلك قوله الحلم او لم يحتلم
فان البلوغ قد يعلم بغير الاحتلام لا يقال يمكن ترجيح ما دل على الثلث عشر بما صرح به بعض
المحققين من مخالفته لمذهب العامة بخلاف الخمسة عشر فانه موافق لما ذهب اليه الاوزاعي
والشافعي وابو يوسف ومحمد بن الحسن واحمد بن حنبل فيمكن حمل ذلك على التقية فانها
احدى المحامل والسبب الاعظم في اختلاف الاخبار ومع هذا فقد ورد الامر بالاخذ بما خالف
العامة معللا بان الرشد في خلافهم لانا نقول لا يمكن المصير الى هذا الترجيح اما اولا فلان
مرجحات الخمس عشر اقوى ظنا واكثر عددا ومع ذلك فبعضها منصوص عليه وهو الاعدلية
والشهرة واما ثانيا فلما ذكره في المصابيح من ان الحمل على التقية لا يستقيم فيما دل على الخمسة عشر
لوروده عن الباقر والصادق عليهما السلام وزمان الباقر عليه السلام متقدم على زمان القائلين بالخمسة
عشر من فقهائهم واهل الخلاف وكذا الصادق عليه السلام ممن عدا الاوزاعي من المذكورين واما

الاوزاعي

الاوزاعي فربما يتوهم احتمال التقية منه فيما ورد عن الصادق عليه السلام حيث انه كان في عصره
لكن الذي يظهر من تتبع الاخبار ان التقية فيما روي عن الصادق والكاظم عليهما السلام
انما كانت من فقهاء الحجاز والعراق دون غيرهم والاوزاعي هذا كان من فقهاء الشام
ولم يكن بحيث يتقى منه مع ان من جملة تلك الاخبار ما اشتمل على تحديد البلوغ في الانثى
بتسع سنين وهذا مخالف لما اطبق عليه اهل الخلاف في ذلك فالروايات من الطرفين
مخالف لمذهب العامة ولانا ان الحمل على التقية في شيء منها غاية الامر ان المخالفة في
احديهما اتم من الاخرى وهو لا يصلح للترجيح هنا اذ كان النظر في الحمل على التقية الى الاقوال
الظاهرة المعروفة ولو بني على الاحتمال فهو قائم في حديث الثلثة عشر ايضا بل هو فيه اولى
من جهة الراوي والمروي عنه معا فان عبد الله بن سنان الراوي للثلثة عشر كان وجيها
عند العامة وقد ذكر علماء الرجال انه كان على خزائن المنصور والمهدي والهادي والرشيد
من خلفاء بني العباس ومثل هذا اولى بان يتقى في حديثه وقد روى ابن سنان هذا الحديث
عن الصادق عليه السلام في اخباره كثيرة جدا بخلاف الاخبار المروية عن ابيه الباقر عليه السلام فانه كان
يفتي اصحابه به ثم الحق كما صح عن الصادق عليه السلام وللقول الثالث وجوه اقواها منها ما
اشار اليه في المصابيح قائلا ويمكن الاحتجاج لابن الجنيد بعمومات التكليف وصحة توجه
الخطاب الى المميز عقلا لوجود شرطيه وهما العلم والقدرة وقد خرج عن ذلك من لم يبلغ
اربعة عشر سنة بالنص والاجماع فيبقى غيره ثم اجاب عنه بان البلوغ شرط ثالث للتكليف
مغاير للعلم والقدرة وهو في الاربعة عشر مشكوك فيه والشك فيه يستلزم الشك
في التكليف المشروط به وايضا فالاصل عدم الشرط مع الشك فيه كما هو المفروض فحكم با
نتفاء المشروط وعندي في هذا الجواب الذي ذكره مناقشة فالاولى الجواب بان تلك يجب
تخصيصها بادلة القول الاول ومنها ما ذكره في المصابيح ايضا من ان احوال البدن في
الانسان مرتبة على الاسابيع فيجب ان يكون بلوغه كذلك وليس في الاسبوع الاول ولا الثاني

قطعا فيكون في الثاني وهو المطلوب اما الاول فبالعقل والنقل اما الاول فلما ذكره الاطباء
من ان استكمال الانسان وتراجعه في السنين يشبه احوال القمر في استكماله وتراجعه في
دورة فانه يبدو هلالا ضعيفا ثم لا يزال يزداد الى الليلة السابعة فيقوى ويشتد نوره
ولا يزال في الاشتداد حتى يصير في الليلة الرابعة عشر بدرا كاملا تاما ثم يرجع فينقص
شيئا فشيئا حتى يكون في الواحد والعشرين كهيئته في السابع منه ثم يزداد نقصانه
وخفاؤه الى ان ينتهي الى العدم والمحاق في الثامنة والعشرين وهكذا الصبي اذا ولد
كان ضعيف الخلق سخيف التركيب الى ان يتم له سبع سنين فاذا تم له ذلك استبان
فيه اثار القوة في العقل والجسم ثم لا يزال يترقى الى ان يتم له اربع عشرة سنة فاذا دخل في
الخامسة عشرة دخل في الاسبوع الثالث وهناك يكمل عقله ويشتد قوته وتتحرك
فيه الشهوة ثم لا يزال يرتقي على هذه الحالة الى السنة الحادية والعشرين ثم يدخل في
الاسبوع الرابع وهو اخر اسابيع النشو والنماء فاذا تم له ذلك بتمام السنة الثامنة والعشرين
انتقل الى سن الوقوف هو الزمان الذي يبلغ فيه الشدة وذلك هو الاسبوع الخامس
ويمتد الى ست وثلثين سنة ثم يبدو الرجوع من بعد ذلك ويكون عوده كبدئه واما
الثاني فلما رواه الصدوق في الفقيه عن امير المؤمنين عليه السلام انه قال يربى الصبي سبعا ويؤدب
سبعا ويستخدم سبعا وينتهي طوله في ثلث وعشرين سنة وعقله في خمس وثلثين سنة
وما كان بعد ذلك فبالتجارب وعن الصادق عليه السلام انه قال دع ابنك يلعب سبع سنين
ويؤدب سبع سنين والزمه نفسك سبع سنين فان افلح والا فانه ممن لا خير فيه
وما رواه الكليني عن عيسى بن زيد عن ابي عبد الله ع قال قال امير المؤمنين عليه السلام يثغر
الصبي لسبع سنين ويؤمر بالصلوة لتسع ويفرق بينهم في المضاجع لعشر ويحتلم لاربع عشرة
وينتهي طوله لاحدى وعشرين سنة وينتهي عقله لثمان وعشرين الا التجارب ثم اجاب
عن هذا الوجه بمنع اطراد الاسابيع في كل شيء حتى البلوغ بالمعنى الذي يترتب عليه الاحكام

واما الثاني فواضح

الشرعية

الشرعية الواجب والوجه العقلي مع كونه ظنيا لا يقتضيه والنقل مسبوق لشيء آخر
فلا يقاس على البلوغ وقوله ع يحتلم لاربع عشرة لا عموم له وانما المراد به الغلبة او لا
يكان في ذلك دون ما قبله فان الاحتلام قد يتاخر عن المدة المذكورة ومنها ما ذكره
في المصابيح ايضا من ان ما دل على الخمسة عشر يحتمل ارادة الاخذ والانتهاء وليس نصا
في احدهما فيبنى على الاول احتياطا للعبادة ثم اجاب عنه اولا بان روايات الخمسة عشر
منها ما هو نص في الاكمال ومنها ما هو ظاهر فيه فلا اجمال وثانيا بان وجوب الاحتياط
موقوف على التكليف فلو توقف التكليف عليه لزم الدور وثالثا بان الاحتياط في
نفسه لا يقتضي الوجوب وانما يجب مع اشتغال الذمة بما يتوقف عليه وذمة
الصبي خالية عن الشواغل ومنها ما اشار اليه في المصابيح فانه احتج العلامة لابن الجنيد
بما رواه الشيخ في ... عن ابي حمزة الثمالي عن ابي جعفر عليه السلام قال قلت له جعلت فداك
في كم تجري الاحكام على الصبيان قال في ثلث عشرة او اربع عشرة قلت فانه لم يحتلم فيها
قال وان لم يحتلم فان الاحكام تجري عليه ثم اجاب عنه اولا بضعف السند معللا بان فيه
السندي بن ربيع ويحيى بن المبارك وهما مجهولان وعبد الله بن جبلة وهو واقفي وثانيا
بمنع دلالته على المطلوب معللا باشتماله على الترديد المنافي للتعيين ولكنه اجاب عنه
فبان يحمل العطف على التقسيم او على الترديد من الراوي فان منزلة الامام تنافي الشك
في الاحكام واذا دار الامر بين الاول والاكثر وجب البناء على الاكثر عملا بمقتضى الاصل
فيثبت التحديد بها كما هو المطلوب وفيما ذكره نظر لوجوه الاول ان حمل العطف على التقسيم
خلاف الظاهر مع ان التقسيم في السن الذي يحصل به البلوغ لا قائل به بل كلمن قال بالسن
قال بمطلق الثاني ان الترديد من المعصوم ع غير ممتنع اذا اراد التخيير بين الزائد والناقص
الا ان يدفع بانه لا قائل به الثالث ان الاصل على تقدير تسليمه لا يصحح دلالة الرواية
وثالثا ان يحمل الرواية على التمرين مع انتفاء العطف على ظاهره فان الاستحباب سبيل

المدرجات بخلاف الايجاب ومنها ما استدل به بعض على ما حكاه في الرياض من خبر معاوية
بن وهب المتقدم وفيه نظر بل ما استدل به فيه وفي غيره على القول الاول وللقول الرابع
ان الصبي لو لم يبلغ بعشر سنين لما صح وصيته والتالي بط فالمقدم مثله اما الملازمة
فلان الوصية تصرف في المال وغير البالغ لا يجوز له ذلك لكونه محجورا عليه واما بطلان
التالي فللاخبار الدالة على صحة وصية غير البالغ وفيها الصحيح كما صرح به في لك وفيه نظر
للمنع من الملازمة لجواز اختصاص غير البالغ ههنا الحكم كما صرح به في لك بل يتعين الحكم
بذلك اما اولا فلما تقدم من الادلة الدالة على القول الاول واما ثانيا فللاخبار الدالة
على عدم حصول البلوغ بعشر سنين احدها الخبر الذي وصف بالصحة مصرحا بانه رواه
المشايخ الثلثة عن ابي جعفر ع وعن ابي عبد الله ع في غلام صغير لم يدرك ابن عشر سنين
زنا بامرأة قال يجلد الغلام دون الحد وتجلد المرأة الحد كاملا قيل له وان كانت محصنة
قال لا ترجم لان الذي نكحها ليس بمدرك وثانيها خبر الحلبي الذي وصف بالصحة في المصابيح
قال قلت لابي عبد الله ع الغلام له عشر سنين فيزوجه ابوه في صغره ايجوز طلاقه وهو ابن
عشر سنين فقال اما التزويج فصحيح واما الطلاق فخاطب من الخطاب وانا انكر ذلك واني
ان تمضيه صوا امرأته وثالثها خبر صفوان بن يحيى عن اسحق بن عمار قال سألت ابا الحسن ع
عن ابن عشر سنين يحج قال ع عليه حجة الاسلام اذا احتلم وكذا الجارية عليها الحج اذا طمثت
ورابعها خبر شهاب عن ابي عبد الله ع قال سألته عن ابن عشر سنين يحج قال عليه حجة
الاسلام اذا احتلم وكذا الجارية عليها الحج اذا طمثت وخامسها خبر سماعة الذي وصف
في المصابيح بالموثقية قال اذا سرق الصبي ولم يحتلم قطعت اطراف انامله فاذن المعتمد هو
القول الاول وينبغي التنبيه على امور الاول اختلف الاصحاب في تعيين السن الذي
يعلم به بلوغ الانثى على قولين الاول انه يحكم ببلوغها اذا بلغت تسع سنين وهو للخلاف
والغنية والسرائر والنافع والشرائع والتذكرة والقواعد والارشاد والتبصرة

الحديث غلط

والتحرير

والتحرير والتبصرة واللمعة وضة ولك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض وحكاه في المصابيح عن الشيخ
في كتاب الحجر من المبسوط وسائر كتبه وابن حمزة في كتاب النكاح من الوسيلة وادعى الشهرة
على هذا القول في لك والكفاية والمصابيح الثاني انه لا يحكم ببلوغها الا اذا بلغت عشر سنين
وهو المحكي عن الشيخ في كتاب الصوم من ط وابن حمزة في كتاب الخمس من الوسيلة والاقرب
عندي هو القول الاول الذي عليه المعظم ولهم وجوه منها دعوى الاجماع عليه في الخلاف
والغنية والسرائر والتذكرة وضة وهو معتضد بالشهرة العظيمة بل صرح في لك بندور
المخالف بل قد يمنع من ظهور كلامه في المخالفة لاحتمال ان يكون مراده من العشر الدخول فيه
لا اتمامه وذلك يحصل بكمال التسع الذي هو المختار ومنها جملة من الاخبار المصرحة بان
الجارية اذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ودفع اليها مالها
وجاز امرها في البيع والشراء ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة من الاخبار الدالة
على جواز الدخول بالجارية التي لها تسع سنين معللا بثبوت تحريم الدخول بغير
البالغة ومنها المرسل المروي عن نية قال قال ابو عبد الله ع اذا بلغت الجارية تسع
سنين دفع اليها مالها وجاز امرها في مالها واقيمت الحدود التامة لها وعليها لا يقال
يعارض الاخبار المذكورة جملة من الاخبار منها خبر عمار المتقدم ومنها المرسل الدال
على انها تبلغ بالعشر وقد اشار اليه في الكفاية والمصابيح ومنها خبر غياث بن ابرهيم
عن الصادق ع ان امير المؤمنين عليه السلم قال لا توطأ جارية لاقل من عشر سنين لانا نقول
هذه الاخبار لا تصلح لمعارضة الاخبار المتقدمة من وجوه عديدة الثاني هل يكفي في الحيض
الذي هو سن المذكور وفي النسخ الذي هو سن الاناث على المختار الطعن فيهما كما
عن بعض اعاظم الاعيان بخبره كما هو الاقرب الثاني وفاقا للتذكرة وجامع المقاصد ولك د
المصابيح والرياض ولهم وجوه منها تصريح الثلثة الاول بان ذلك مقتضى فتوى
الاصحاب ومنها العمومات الدالة على عدم تحقق البلوغ الا بالاحتلام خرج منها

سورة كمال السن الاجماع ولا دليل على خروج غيره فيبقى تحت عمومها ومنها اصالة عدم
تحقق البلوغ قبل الاكمال وقد اشار اليها في كنز وجامع المقاصد ولك والرياض ومنها
ما تمسك به في المصابيح من خبر حمزة بن حمران المتقدم المصرح بان بلوغ الذكر يحصل
ببلوغ الخمس عشر لان المتبادر من بلوغ الخمس عشر هو اكمالها دون الاخذ فيها وصرح في
المصابيح بظهور الفرق بين بلوغ الشيء وبين البلوغ الى الشيء فان المفهوم من الثاني
خروج الشيء الذي جعل غاية بخلاف الاول فان المتبادر منه بلوغ اقصاه والوصول الى
منتهاه ومرجعه الى حصول ذلك الشيء دون الوصول اليه وايضا فان خمسة عشر كالعشرة
اسم لمجموع العدد وبلوغ الجميع لا يكون الا بالاكمال ولو اريد الاول لعلى الاكمال الا وبعد عشر
لقيل الى الخامس عشر كما يقال الى العاشر ويراد به اكمال التسع وقد يطلق اسماء العدد
الموضوعة للمجموع على ما ابينها ولكن ذلك مجاز لا يصار اليه الا بقرينة يدل عليه ولا دليل
في الكلام الحقيقة وشامله الاستقلال لان الشرعية على الظاهر فلا تنافيه الاحتمالات
المخالفة له ومنها ما تمسك به في التذكرة وجامع المقاصد ولك والرياض
من ان الداخل في السنة الاخيرة لا يسمى ابن خمس عشر لغة ولا عرفا الثالث هل
يعتبر على المختار من اعتبار الكمال في السن الكمال الحقيقي او يكفي الكمال العرفي وصرح في
ان الذكر ابن خمس عشرة وان الانثى بنت تسع سنين عرفا فيحكم بالبلوغ ليوم بقية
لحظة الاقرب الاخير لاطلاق النصوص والفتاوى وكون المرجع في الكتاب والسنة هو
العرف تبعا للعدم وعدم الدليل على ان المعتبر هو الكمال الحقيقي سوى العمومات الدالة على
ان البلوغ لا يحصل الا بالاحتلام ولكن ينبغي تخصيصها بالاطلاق المذكور الرابع
صرح في القواعد وصه ولك ومجمع الفائدة والمصابيح بان المراد بالسنين في تحديد
البلوغ القمرية المتعلقة بالشهور والاهلة واحتج عليه في مجمع الفائدة الاولين بان ذلك هو
المعهود من الشرع وزاد في الاخير فصرح بانه المعروف عند العرب وصرح في الرابع بانه

المتعارف

المتعارف في هذه الازمان فهو المتبادر واحتج عليه في المصابيح بحجج اخرى منها الدليل
عليه ايضا قوله تعالى ان عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا في كتاب الله يوم خلق
السموات والارض منها اربعة حرم وقوله سبحانه هو الذي جعل الشمس ضياء
والقمر نورا وقدره منازل لتعلموا عدد السنين والحساب وقوله عز وجل
يسئلونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج ثم صرح بانه على هذا يعتبر في بلوغ
الذكر مضي اربعة عشر سنة قمرية واحد عشر شهرا هلاليا في السنة الاولى ويكمل
الشهر الاول منها من السادس عشر ثلثين يوما ان كان ناقصا والا ففي تكميله ثلثين
كالاول او بقدر ما فات منه ثم الانقص احتمالان اظهرهما الاول وقس على ذلك
حال الانثى وربما قيل باتحاد الشهور والسنين كلها فيها بانكسار الشهر الاول
فيبطل اعتبار الاهلة ويرجع الى العدد في الجميع وهو ضعيف والكلام في انتفاء القول
فيها هنا وان قيل به في غيره الخامس هل الخنثى المشكل يلحق بالانثى او بالذكر
صرح في لك بالاخير محتجا بعد الاعتراف بانه لا نص في ذلك بالخصوص باصالة
عدم التكليف والبلوغ فيقتضي استصحاب الحال السابق الى ان يعلم المزيل وهو
البلوغ الخمس عشر ان لم يحصل قبله امر آخر وصار اليه في مجمع الفائدة ايضا وهو
جيد ولكن مراعاة الاحتياط اولى السادس لا اشكال في ثبوت السن في المقامين
بالعلم مطلقا وبشهادة العدلين وقد صرح بالاخير في ضه وصرح فيها بثبوته بالشياع
والطلق وهو جيد ان اراد المفيد للعلم واما المفيد للظن ففيه اشكال وهل يثبت
بدعوى الصبي والصبية او لا الاقرب الاخير وفاقا للروضة للاصل السليم عن المعارض
وهل يثبت بقول الابوين او لا اصح ذلك في ضه بان في الاول وجه قوي وفيه نظر بل الاقرب
هو الثاني السابع يتحدد البلوغ بالسن كغيره من التحديدات امر واحد غير مختلف
بالقياس الى انواع التكاليف وغيرها من الامور المشترطة بالبلوغ وقد صرح بذلك

في المصابيح ولكن حكي عن الفاضل النراقي انه توهم هنا فزعم ان التحديد بالسن يختلف باختلاف التكليفات وان الحد في كل شيء هو التحديد الوارد فيه ظنا منه ان التوفيق بين الاحاديث المختلفة الواردة في ذلك يحصل به وهو فاسد من وجهين احدهما ان الذي في المصابيح الاجماع وثانيا هو فاسد لمخالفته اجماع الامامية بل اجماع المسلمين كافة فان العلماء مع اختلافهم في حد البلوغ بالسن مجمعون على ان البلوغ الرافع للحجر هو الذي يثبت به التكليف وان الذي يثبت به التكليف في العبادات هو الذي يثبت به التكليف في غيرها وان الذي يثبت به التكليف في بعض العبادات كالصلوة مثلا هو الذي يثبت به التكليف في العبادات الباقية وهذا امر ظاهر في الشريعة معلوم من طريقة فقهاء الفريقين وعلماء المسلمين في الاعصار والامصار من غير نكير فانه لم يثبت بلوغ احد عندهم في البعض ثبت بلوغه عندهم في الكل واجريت عليه التكاليف وارتفع عنه الحجر وانقطعت عنه ولاية الاولياء وحكم الاوصياء وكان كغيره من المكلفين ما له الامر في النكاح والاموال ثابتا له ما ثبت لهم جاريا عليه ما جرى عليهم في العبادات والمعاملات والحدود والايقاعات ولم يسمع من احد تنويع الصبيان وتقسيمهم بحسب اختلاف مراتب السن بان يكون بعضهم بالغا في الصلوة غير بالغ في الزكوة وبعضهم بالغا في الزكوة غير بالغ في الصوم او بالغا في الصوم غير بالغ في الحج والجهاد او بالغا في العبادات غير بالغ في المعاملات او بالغا في المعاملات غير بالغ في غيرها وما ذلك الا لكون البلوغ بالسن امرا متحدا غير قابل للتجزية والتنويع كغيره مما جعله الشارع مناطا للتكاليف وارتفاع الحجر في النفس والمال انتهى ما في المصابيح من ان الروايات الواردة في المسئلة مع اختلافها في مقدار السن متفقة في هذا المعنى فان رواية عبد الله بن سنان التي رواها المتاخرون وما لك لا تاخذ بها المخالفة المذكورة مصرحة بان الصبي متى اكمل الثلث عشر وجب عليه ما وجب على المحتلمين

دكتن

وكتبت له الحسنات وكتبت عليه السيئات وجاز له كل شيء الا ان يكون سفيها او ضعيفا وكذا رواية الثمالي التي جعل مستندا لابن الجنيد في التحديد بالاربعة عشر فانها دلت على ان الاحكام تجري على الصبيان في الحد المذكور وان تبلغ اربع عشرة سنة كالمحتلم في جريان الاحكام عليه فاما ما دل على المشهود وهو الخمسة عشر فان منه ما هو صريح في ذلك كالنبوي ومنه ما هو ظاهر في العموم غاية الظهور كرواية حمزة بن حمران حيث قرن فيها السن بالاحتلام والانبات وجعل كلا منها حدا لادراك الغلام الخروج عن اليتم واجراء الحدود والاخذ بها وكذا في ارتفاع الحجر في البيع والشراء كالتمتع في النساء وقد رواه الثقة الجليل عبد الله بن جعفر الحميري في قرب الاسناد عن علي بن الفضل انه كتب الى ابي الحسن عليه السلام ما حد البلوغ فقال ما اوجب على المؤمنين الحدود ويمكن تبيين العموم في رواية يزيد الكناسي ايضا حيث دل على ان الحدود لا تثبت للغلام قبل الخمسة عشر وايضا فان من جملة الاخبار الواردة في المسئلة رواية سليمان بن جعفر المروزي والحسن بن راشد وهما نص في وجوب الفرائض والحدود على الغلام باكمال ثمان سنين والتوفيق بينهما وبين التحديدات الاخر غير ممكن وكذا التوفيق بين ما ورد في وجوب الصلوة على من بلغ ست سنين وما دل على عدم وجوبها على من لم يبلغ ثلث عشرة سنين او اربع عشرة سنين وكذا ما دل على وجوب الصيام على الجارية بتسع سنين وما دل على وجوبها عليها بالثلثة عشر سنة فان التوفيق والجملة فالروايات في المسئلة في الاختلاف بحيث لا يرجى فيها الجمع والتطبيق كما يظهر بالرجوع اليها والنظر في مدلولاتها وقد علم من ذلك ان الواجب في امثال المسئلة النظر في التكافؤ والمعادلة والاخذ بالراجح وترك المرجوح او تاويل ما يتطرق اليه الاحتمال بالحمل التمرين والتاديب كما فعله الاصحاب واما الترجيح فقد تقدم بيان ما فيه كفاية

مسئلة لا اشكال في ان الاحتلام مما يتحقق به البلوغ ويثبت به التكليف

كما صرح به في الغنية والسرائر والشرايع والنافع وعدّها للتبصرة والارشاد والتذكرة والتحرير واللمعة وشرحها وجامع المقاصد والكفاية والرياض ولهم وجوه منها ما تمسك به جماعة منهم السيد الاستاد قدس سره من قوله تعالى اذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستاذنوا وقوله تعالى والذين لم يبلغوا الحلم منكم وقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشدا فادفعوا اليهم اموالهم وقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن حتى يبلغ اشده ومنها العمومات الدالة على وجوب الغسل بالاحتلام ومنها دعوى الاجماع على ذلك في الغنية والتذكرة ومجمع الفائدة والمصابيح وظاهر الكفاية بل صرح في المصابيح انه مما لا خلاف فيه بين المسلمين وقد اشار اليه في كرة بقوله قد اجمع العلماء على ان الفرائض والاحكام يجب على المحتلم العاقل ومنها الاخبار الكثيرة احدها النبوي المشهور رفع القلم عن الثلث عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى ينتبه وصرح في المصابيح بانه مما رواه المخالف والموافق ثم حكى عن ابن ادريس التصريح بانه مجمع عليه وثانيها المروي عن الخصال باسناده عن ابن ظبيان قال اتي عمر بمجنونة قد زنت فامر برجمها فقال علي عليه السلم اما علمت بان القلم يرفع عن ثلثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى ينتبه وصرح في المصابيح ان هذا حديث مشهور بين الفريقين وذكره اصحابنا في الفروع وفي كتب الامامية في جملة مطاعن الثالثة وثالثها المروي عن الفقيه على الصبي اذا احتلم الصيام وعلى المراة اذا حاضت الصيام ورابعها خبر طلحة بن زيد عن ابي عبد الله عم قال ان اولاد المسلمين موسومون عند الله شافع ومشفع فاذا بلغوا اثنى عشر كتبت لهم الحسنات فان بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات وخامسها خبر هشام بن سالم عن ابي عبد الله عم قال انقطاع يتم اليتيم الاحتلام وهو اشده و سادسها خبر عبد الله بن سنان الذي وصف في المصابيح بالموثقية عن ابي عبد الله عليه السلم قال سأله ابي وانا حاضر عن قول الله عز وجل حتى اذا بلغ اشده قال الاحتلام وسابعها

المروي

المروي عن قرب الاسناد عن علي بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلم قال سألته عن اليتيم متى ينقطع يتمه قال اذا احتلم وعرف الاخذ والعطاء وصرح في المصابيح بان الاخبار الواردة في هذا المعنى كثيرة وينبغي التنبيه على امور الاول هل يختص الحكم المذكور بالذكور ولا بل يعم الاناث صرح بالثاني في السرائر والشرايع والنافع والقواعد والمنتهى والتذكرة والارشاد والجامع وجامع المقاصد وشرح اللمعة ومجمع الفائدة والكفاية والرياض والمصابيح وربما يستفاد من ط والنهاية والوسيلة والمهذب والمحكي عن الصدوق الاول وهو ضعيف بل المعتمد هو القول الاول الذي عليه المعظم ولهم وجوه منها تصريح مجمع الفائدة والرياض بدعوى الاجماع عليه ويعضده اولا تصريح التذكرة بان الاحتلام وهو خروج المني وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد بلوغ في الرجل والمراة عند علمائنا اجمع ولا نعلم خلافا في الذكور وهو في النساء كذلك وللشافعي قول بان خروج المني من النساء لا يوجب بلوغهن لانه نادر فيهن ولا عبرة به واطبق اكثر العلماء على خلاف هذا وثانيا ظهور ذلك في دعوى الاجماع على الاشتراك وثالثا تصريح المصابيح بعد اشارته الى جملة من العبارات الظاهرة في اختصاص الحكم بالذكور بان هذه العبارات وان استفيد من ظواهرها اختصاص الاحتلام بالذكور ولكن الظاهر انهم نحوا في بيان العلامات واعتمدوا فيها على ما يعلم به البلوغ فيهما في الغالب فان من المعلوم من مذهب الاصحاب كون الحمل علامة البلوغ وانه دليل على سبقه وهذا مما لا ريب فيه عندهم وقد تضمن ذلك الكلام المنقول عن ابن حمزة وابن ادريس ايضا ولا يكون ذلك الا مع كون الحمل بلوغا في حقهن وقد صرح الشيخ باشتراك الاحتلام فيما بين الذكور والاناث وهو قرينة واضحة على ان التخصيص بالذكر في كلامهم المنقول مبني على الغالب دون قصد التخصيص وما نقل عن الصدوق بناء على الغالب من عدم تحقق الاحتلام في النساء وتاخره عن تقدير تحققه عن البلوغ بالسن وان بلوغهن انما يعلم في الاغلب بالسن والحيض وعلى هذا يحمل بعض الاخبار

الظاهر في اختصاص الاحتلام بالرجال وبالجملة فتتبع كلام الاصحاب يقتضي القطع بصحة الاول
الذي حكاه في كره ومنها ما تمسك به في المصابيح من اصالة الاصل في الاحكام الاشتراك
بين الذكور والاناث فيها فيما لم يثبت خلافه وتيسير الفرق في هذه المسئلة انكار
امير المؤمنين عليه السلم على عمر في قضية المجنونة الزانية بما ذكره من ارتفاع القلم عن
الصبي حتى يحتلم والمجنون حتى يفيق ومنها ما تمسك به في المصابيح ايضا من ان
الاحتلام انما جعل حد البلوغ لدلالته على وجود الشهوة وتحرك الطبيعة عن حد الصبى
والطفولية وهذا امر طبيعي لا يختلف فيه الذكور والاناث ومنها ما تمسك به الشيخ
والعلامة فيما حكي بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله ان ام سليم سالته عن المراة ترى
في منامها ما يرى الرجل فقال اذا رات ذلك فلتغتسل وصح في المصابيح بان الاستناد
اليه مبني على استفادة الفورية المقتضية لثبوت التكليف بالغسل بالفعل والاسبقية
الاحتلام للغسل لا ينافي عدم البلوغ حال وجود السبب كما في الحدث الاصغر ومنها
ما تمسك به في مجمع الفائدة من عموم الكتاب والسنة والظاهر انه اراد به العمومات الدالة
على وجوب الغسل بالاحتلام الثاني المراد بالاحتلام الذي جعل علامة البلوغ خروج المني
سواء كان في نوم او يقظة وسواء كان بجماع او غيره فخروج المني يقتضي البلوغ مطلقا
وقد صرح به في الغنية والسرائر والشرائع والنافع والقواعد والتبصرة والارشاد وكره
والتحرير والمقنعة وغير ذلك وجامع المقاصد ومجمع الفائدة والكفاية والرياض وقد
صرح في المصابيح بانه عبر الشيخ والفاضلان وكثير من الاصحاب عن هذه العلامة بخروج
المني وبالجملة الظاهر ان ذلك مما لا خلاف فيه بين الاصحاب وان عبر بعضهم بلفظ الاحتلام
لظهور ان مرادهم المعنى الاعم وان صرح في المصابيح بكون الاحتلام لغة هو الرؤية في المنام
وان لم ينزل وتوهم تحقق منها الطلاق الاجماع المحكي في الغنية وغيرها على ان الانزال و
خروج المني دليل البلوغ ومنها ما تمسك به في المصابيح بما يتضمن قوله تعالى حتى اذا بلغ

النكاح

النكاح ومنها ما تمسك به في المصابيح ايضا من انه لولا ذلك للزم ان لا يتحقق البلوغ في الاناث
ما لم يتحقق الاحتلام وان نكحوا وولدوا وبطلانه ظاهر الثالث اذا خرج شيئا مما يشبه
المني في وقت لا يحتمل فيه البلوغ فلا عبرة به فلا بد في ذلك من كونه في وقت يحتمل البلوغ
فيه كما صرح به في التذكرة وغيرها والمصابيح وصرح فيها بامتناع خروج المني من الذكور ما
لم يبلغوا العشر مستفيدا له من ذلك ومحتجا عليه بالعادة وهو جيد وان تجاوز الصبي العشر
فصرح في المصابيح بامكان ذلك قائلا واما ما تجاوز العشر فالظاهر فيه الامكان فيحكم
بالبلوغ مع تحقق الاحتلام فيه عملا بالعمومات الدالة على حصول البلوغ بذلك فيما لم يثبت
امتناعه وفي ما دل على تحديد السن في الذكور بعشر سنين تنبيه على ذلك وكذا ما دل
على التفريق بينهم في المضاجع بالعشر نحو ما رواه الكليني عن القداح عن ابي عبد الله عليه السلم
قال يفرق بين الغلمان والنساء في المضاجع اذا بلغوا عشر سنين وما رواه الصدوق عن
القداح عن جعفر عن ابيه عن آبائه عليهم السلم قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله الصبي
والصبية يفرق بينهم في المضاجع لعشر سنين وقد صرح بعض الاصحاب على ما دل على البلوغ
بالعشر على الاحتلام والانبات وقال الاب في شرح النافع كل ما دل على البلوغ فيما
بين الخمسة عشر والعشر فهو محمول على ما اذا كان الغلام قد احتلم او انبت شعر العانة توفيقا
بين الروايات ولان الاحتلام في ثلاث السنين قد يقع كثيرا ولقد شاهدنا من احتلم في ثلثة عشر
او اثني عشر سنة وينبغي القطع بالامكان في الثلثة عشر فما فوقها لقضاء العادة بالاحتلام
في ذلك غالبا ولما رواه الشيخ عن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله عليه السلم قال اذا بلغ
ثلث عشر سنة ودخل في الاربعة عشر وجب عليه ما وجب على المحتلمين احتلم او لم يحتلم
عيسى بن زيد عن ابي عبد الله عليه السلم قال قال امير المؤمنين عليه السلم يثغر الصبي لسبع سنين
ويؤمر بالصلوة لتسع ويفرق بينهم في المضاجع ويحتلم لاربع عشر الرابع هل يشترط خروج المني
من الموضع المعتاد او خرج من غيره لم يعتبر ولا الاقرب الاول كما يستفاد من النصوص

والقواعد وجامع المقاصد وذلك واحتج عليه في الاخيرين بلزوم حمل كلام الشارع على المعهود
الخامس هل يشترط اقترانه بالشهوة او يكفي خروجه مطلقا صرح بالثاني في كرة والتحرير وهو
مقتضى اطلاق المعظم وربما يظهر الاول من جامع المقاصد وهو في غاية القوة للاصل وانصراف
الاطلاق مادل على كونه دليل البلوغ الى الغالب وهو ما قارن الشهوة السادس ربما يستفاد
من عبارة الشرايع والنافع والقواعد والتحرير ان المني الذي يكون علامة البلوغ هو الذي
يكون منه الولد لا غيره وفيه نظر بل الاقرب انه لا فرق بين الامرين في الدلالة على ذلك
لاطلاق الايات والاخبار ودعوى الاجماع على ان خروج المني يدل على ذلك ويعضده اطلاق
كلام المعظم مع عدم صراحة الكتب المتقدمة في الدلالة على المخالفة وقوة احتمال ارادتها
من الامرين ايضا مع ان التمييز بينهما لا يكاد ان يتحقق غالبا بل لا يحصل احدهما دليلا على
ذلك تنبيه السابع الخنثى اذا خرج المني من كلا فرجيه حكم ببلوغه كما صرح به في الشرايع والارشاد
والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد وذلك وضه ولهم وجوه منها عموم قوله تعالى اذا
بلغ الاطفال منكم الحلم فان الطفل يعم الخنثى عرفا ولغة والجمع المعرف باللام يفيد العموم
والعام لا ينصرف الى الافراد الشايعة ومنها قوله تعالى والذين لم يبلغوا الحلم منكم فان
لفظ الذي يطلق على الخنثى حقيقة وهو من الفاظ العموم ومنها قول الصادق عليه السلم
في خبر طلحة بن زيد اولاد المسلمين اذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات ومنها ما تمسك
به في ذلك من ان خروج المني يدل على البلوغ بالنسبة الى الذكر والانثى والخنثى المشكل
لا يكون الا احدهما ولو امنى من احد فرجيه خاصة لم يحكم ببلوغه كما صرح به في يع وعد
وموضع من كرة وجامع المقاصد وضه وذلك وصار اليه الشيخ ايضا فيما حكي عنه واحتج عليه
في الاخير بجواز كون ذلك الفرج زائدا فلا يكون معتادا ويظهر من موضع آخر من كرة انه
يحكم بذلك ببلوغه ومال اليه في مجمع الفائدة ولكنه اعترف بعدم معلومية كونه قولا لاحد
من الاصحاب ولذا استشكل الخروج عن الاصل المقتضي لعدم الحكم بالبلوغ بذلك خصوصا

مع اعتضاده بفتوى الاكثر ولكنه نفى الريب في كونه احوط في الجملة ولو امنى الخنثى المشكل
من فرج الذكر وحاض من فرج الانثى حكم ببلوغه كما في الشرايع والارشاد والتحرير وعد
وكرة وضه وذلك ومجمع الفائدة وادعى عليه الشهرة في الخامس ولهم اطلاق مادل على
حصول البلوغ بالامناء والحيض وعلله في الارشاد في ذلك بقوله وكلا لانه واضح لانه اما ذكر فقد
امنى واما انثى فقد حاضت وصرح في جامع المقاصد وذلك بان الخنثى لو امنى من فرج
بعد التسع حيث يكون احتلام الذكر ممكنا وجب ان يحكم ببلوغه معللين بانه ان كان امراة
فقد استكمل التسع وان كان رجلا فقد امنى وهو جيد واليه ذهب المقدس الاردبيلي
الثامن يشترط في هذه العلامة كون الخارج منيا وان فقد الاوصاف فلا اعتبار بالصفة
وقد صرح بما ذكر في المصابيح قائلا ومع الاشتباه فالوجه الرجوع اليها لاناطة الحكم بالجنابة
ووجوب الغسل بها مع انتفاء العلم والسبب فيها منحصر في الوطي وانزال المني فاذا انتفى الاول
تعين الثاني ويحتمل العدم لان اعتبارها في الغسل لا يستلزم اعتبارها في البلوغ لجواز تقدم
الاسباب عليه التاسع اذا تحرك المني من محله الى ان وصل الى قريب الخروج فمنع منه بحبس
لولا المنع من الخروج فهل يحكم ببلوغه فلا يجب لانفصال الحلو هنا او لا لان الحكم بوجوب الغسل عليه
صرح بالاول في المصابيح محتجا اولا بان السبب في البلوغ امر طبيعي لا يختلف بظهوره لانفصاله
وعدمه ولذا ترى ان الاصحاب اطبقوا على ثبوت البلوغ للانثى بالحمل لسبقه بالانزال
مع انه لا انزال فيها خصوصا مع تقوية النطفة للانعقاد وتكون المولد لا يكاد يتحقق
بعد الخروج الى الخارج وثانيا بقوله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح فان المعنى فيه على ما ذكره
المفسرون بلوغ شهوة النكاح والوطي والقدرة على الانزال وتعقب عليه ذلك الطبرسي في
مجمع البيان والسيوري في كنز العرفان ومعلوم ان التمكن من الانزال لا يستلزم تحقق الانفصال
فلو احس بالشهوة ولم يخرج منه المني كان بالغا وان لم يجب عليه الغسل الا بالخروج وثالثا
بان البلوغ من موضوعات الاحكام الشرعية ومن شانها الرجوع الى مقتضى العرف والعادة

ومثل هذا لا يثبت فى كونه بالغا باتفاق العادات وانما يتعين الرجوع الى الشرع فى تحديد
الموضوعات مع الشك دون اليقين وما صار اليه فى غاية القوة مع انه احوط الثانى صرح
فى س وصر بانه يقبل دعوى الاحتلام من غير بينة ويمين وحكى عن كشف والعلامة وعكس
استفادته من ذلك وفيه نظر ولم اجد له دليلا الا تعسر الاطلاع عليه وفى صلاحيته للدلالة اشكال
ولو قامت البينة عليه قبلت بلا اشكال كما صرح به فى ضه وصرح بثبوته بالشياع وهو جيد
مع حصول العلم به واما مع الظن ففيه اشكال الحادى عشر يحصل البلوغ بنفس خروج
المنى او تحركه وليس ذلك دليلا على سبق البلوغ فهو الظاهر من الاصحاب كما نبه فى المصابيح
قائلا اما بلوغ الحلم فظاهر الاصحاب كونه سببا ولا ريب فى انه كذلك ان اريد به الاحساس
بالشهوة والقدرة على الانزال اما لو اريد به خروج المنى وانفصاله حسا فالظاهر كونه دليلا
وامارة على السبق لترتبه على الاول فلو احتلم من غير سبق احساس الشهوة علم تقدم بلوغه
على خروج المنى منه دون تحديد فيحكم عليه بالبلوغ فيما يتصل بذلك لاصالة تاخر الحادث
فلا نظر للسبق فيما ثم وكانهم حكموا بالسببية لاجل ذلك **منهل** انبات الشعر الخشن
على العانة وحول الذكر والقبل مما يعلم به بلوغ الذكر وقد صرح بذلك فى الخلاف والغنية
فى الخلاف والغنية والسرائر وبع والارشاد والشرح وشرح الحقوق واللمعة وضه وغيرها وجمع
القائل فى دعوى الاجماع على ذلك وثالثها تصريح المصابيح بانه المعروف من مذهب
الاصحاب ومنها جملة من الروايات احدها ما تمسك به فى المصابيح من خبر ابى البخترى عن
جعفر عن ابيه عليهما السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله عرضهم يومئذ على العانات فمن
وجد انبت قتله ومن لم يجده انبت الحقه بالذرارى وثانيها خبر حمزة بن حمران عن ابى جعفر
الغلام لا يجوز امره فى الشراء والبيع ولا يخرج من اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة ويحتلم او
يشعر او ينبت وثالثها خبر يزيد الكناسى ان الغلام اذا زوجه ابوه ولم يدرك كان الخيار
له اذا ادرك وبلغ خمس عشرة سنة ويشعر فى وجهه او ينبت فى عانته ويؤيد هذه الاخبار

ما نبه عليه فى المصابيح قائلا وفى تفسير على بن ابراهيم فى قوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح
الآية قال ومن كان فى يده مال بعض اليتامى فلا يجوز له ان يعطيه حتى يبلغ النكاح ويحتلم
فاذا احتلم وجب عليه الحدود واقامة الفرائض فان آنس منهم الرشد دفع اليه المال و
اشهد عليه وان كانوا لا يعلمون انه قد بلغ فانه يمتحن بريح ابطه او نبت عانته فاذا
كان ذلك فقد بلغ فيدفع اليه ماله اذا كان رشيدا والضمير فى قوله قال اذا كان
راجع الى الصادق عليه السلام على ما يقتضيه سبق ذكره فى الآية المتقدمة على هذه
الآية فيتجه الاحتجاج به والا كان الكلام المذكور من كلام على بن ابراهيم ويتوقف
تكرر مثله فى هذا الكتاب مع التصريح بالاسناد الى نفسه كما هو طريقة القدماء
لكن كلام مثله اذا لم يكن حجة فلا ريب فى تاييده على ما يعلم من طريقة السلف خصوصا
فى تفسير الآيات وللفاضل القاشانى فى الشافى بنى الكلام على الوجه الاول حيث اسند
القول الى الصادق عليه السلام قاطعا به ولعله وجد مسندا اليه فيما انتهى اليه من النسخ و
ينبغى التنبيه على امور الاول لا فرق فى ذلك بين اولاد المسلمين والكفار فيعرف
بلوغ جميعهم بالانبات كما صرح به فى الشرائع والتحرير والقواعد وشرح الحقوق وغيرها وله
وهو ظاهر اطلاق الغنية واللمعة وضه وغيرها والحكم وجمع منها ظهور الاتفاق عليه
وان نسبا الى الشيخ القول باختصاص هذه العلامة باولاد الكفار كما عن بعض العامة
ومنها التصريح بدعوى الاجماع على التعميم المذكور فى الخلاف والتذكرة ومنها الاخبار
المتقدمة ومنها ما ذكره فى المصابيح من ان الانبات امر طبيعى لا يختلف باختلاف
الملل والمذاهب فاذا ثبت كونه علامة لبلوغ الكفار كان علامة فى حق المسلمين ايضا
والفرق لما ذكره الشافعى ضعيف جدا فان احتمال الاستعجال قائم فى الفريقين
وكذا الحاجة الى الاستعلام بهذه العلامة فان الاحتلام والسن كثيرا ما تشتبه الامر
فيهما فيحتاج الى هذه العلامة لعدم اللبس فيها الثانى هل يلحق الانبات بالذكور

فيكون الإنبات حينئذ علامة البلوغ أولا يظهر الأول من الكتب المصرحة بأن الإنبات علامة
البلوغ في الذكور ولكن صرح في المصابيح بأن في عبارات بعض الأصحاب ما يظهر منه اختصاص
هذه العلامة بالذكور لاختصاص النصوص المصرحة بكون ذلك علامة بهم وهو ضعيف
بل المعتمد هو اشتراك الذكور والإناث في هذه العلامة لوجوه منها ظهور اتفاق
الأصحاب عليه وإنما وهم بعض العبارات خلافه ويؤيده ما قلناه تصريح المصابيح بأن
الأصحاب قطعوا بالعموم من دون نقل خلاف ومنها ما تمسك به في المصابيح من قضاء
العادة بتأخر إنبات هذا الشعر عن تسع سنين ومنها ما تمسك به في المصابيح أيضا
من أن الإنبات أمارة طبيعية اعتبرها الشارع لكشفه عن تحقق الإدراك فلا يختلف و
منها ما تمسك به في المصابيح أيضا من إطلاق نقل الشيخ والعلامة الإجماع على كون الإنبات
دليل البلوغ من غير تفصيل مع تصريح العلامة بالعموم والاشتراك في موضع النقل ونص
الشيخ عليهما في محل آخر والأقرب أنه يلحق بالذكور الخنثى في هذه العلامة الثالث
هل الإنبات نفسه يحصل به البلوغ أو هو دليل على سبقه اختلف الأصحاب في ذلك على
قولين الأول أنه مما يحصل به البلوغ وهو للشرائع والإرشاد وضه والرياض وربما
يظهر من الغنية والمحكي عن الوسيلة والحلي أيضا ولهم وجهان أحدهما ما أشار إليه في
جامع المقاصد ولك والمصابيح من ترتب أحكام البلوغ على الإنبات وهو ضعيف
كما صرح به في الأولين وثانيهما ما صرح به في الرياض من أن ذلك ظاهر الأصول و
أكثر الأدلة الثاني أنه يدل على سبق البلوغ وهو للقواعد وجامع المقاصد ولك
والمصابيح وصرح فيه بأنه اختيار الشيخ والعلامة وفخر المحققين والمحقق الثاني وصرح
أيضا بأنه ادعى في لك كونه مشهورا ولهم وجوه منها ما تمسك به في جامع المقاصد
ولك من تعلق الأحكام في الكتاب والسنة على الحلم والاحتلام فلو كان الإنبات بلوغا
بنفسه لم يختص عنه بذلك وفيه نظر بل هذا بالدلالة على القول الأول أولى فتأمل

ومنها

ضعيف

ومنها ما تمسك به أيضا من أن البلوغ غير مكتسب والإنبات قد يكتسب بالدواء وهو
أيضا ومنها ما تمسك به أيضا من أن الإنبات تدريجي الحصول بخلاف الاحتلام وهو
ضعيف أيضا والمسألة لا تخلو من إشكال إلا أن القول الأول في غاية القوة وصرح في
المصابيح بأن فائدة الخلاف تظهر في قضاء ما يجب قضاؤه من العبادات وفي نذره
وأقراره ونحو ذلك المتقدمة على الإنبات بزمان يسير يعلم عدم تأخر البلوغ عنه ثم
صرح بأن في تحديده بالأخذ في الخشونة وجه قريب الرابع هل يكفي مطلق الإنبات
ولو كان بعلاج أو لا بل يشترط أن لا يكون بعلاج الأقرب الثاني لأن الأصل عدم
البلوغ بما ثبت بالعلاج ولعموم ما دل على انحصار البلوغ في الاحتلام خرج منه ما لم يكن
بعلاج بالدليل ولا دليل على خروج غيره فيبقى مندرجا تحته لا يقال يمنع من عدم
الدليل على ذلك فإن إطلاق النص والفتوى الدالين على حصول البلوغ بالإنبات يدل
عليه لأنا نقول يمنع الدلالة فإن الإطلاق ينصرف إلى الغالب وهو غير المفروض الخامس
هل إنبات اللحية مما يعرف به البلوغ أو لا اختلف فيه الأصحاب على قولين الأول أنه مما
يعلم به البلوغ وهو للمبسوط والنهاية والمهذب والتحرير والتذكرة وضه والمصابيح
والرياض وربما يستفاد من لك ونبه الحلي فيه كون الإنبات دليل البلوغ وهو للشرائع
والتبصرة واللمعة الثاني أنه مما لا يعلم به البلوغ وهو المحكي في مجمع الفائدة عن صريح كره
ويستفاد منه ومن الشرائع والإرشاد والكفاية المصير إليه للأولين وجهان أحدهما
ما تمسك به في المبسوط والتذكرة ولك والمصابيح من قضاء العادة بتأخره عن البلوغ
وحد الإدراك والإنبات على العانة فإنه إنما يحصل في أوائل تحرك الطبيعة وخروج
اللحية يتراخى عن ذلك وثانيهما ما تمسك به في المصابيح من قوله ع في رواية بني يزيد
الكناسي وابن حمران أو يشعر في وجهه أو ينبت لا يقال هاتان الروايتان ضعيفتان
سندا فلا تصلحان للحجية لأنا نقول ذلك مدفوع بما أشار إليه في المصابيح فإنه ادعى أن

الروايتان هما العمدة في مسئلة البلوغ والبهما استند الاصحاب في حكمي السن والانبات وغيرهما فلا يقدح في الاحتجاج بهما ضعف السند بجهالة بعض الرواة على انا قد بينا سابقا اعتبار هذين السندين وعدم قصورهما عن الحد الذي يعتبر في حجية اخبار الاحاد فالاخذ بهما متعين وللاخير الاصل وعموم ما دل على حصر البلوغ بالاحتلام وان المفروض لو كان علامة لا يستغنى به عن اختبار شعر العانة فلم يجز الكشف عنها والتحقيق عندي في المسئلة ان يقال ان حصل من جهة العادة العلم بالبلوغ باعتبار انبات اللحية كما هو الغالب فلا اشكال والا فالقول الثاني هو الاقرب وعليه لا يحكم بالبلوغ بانبات شعر الابط وشعر الخصيتين وشعر الدبر والشارب وان قوى في ظن ثبوت البلوغ به وكذا لا يثبت بالشعر الضعيف المعبر بالزغب كما صرح به في التحرير وعدة وجامع المقاصد وغيره وكذلك والرياض بل الظاهر اتفاق الاصحاب عليه بل صرح بدعوى الاجماع في المصابيح **منهل** يعرف بالحيض بلوغ الانثى كما صرح به في الغنية والسرائر والشرايع والارشاد والتحرير وعدة وكرة ومجمع الفائدة والمصابيح ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها تصريح الغنية والمصابيح بدعوى الاجماع عليه وهي ظاهرة ايضا من التحرير وكرة ولك ومجمع الفائدة ومنها ما تمسك به في كرة ولك من ان الشارع علق احكام المكلف على الحيض في عدة اخبار كقوله ص لا تقبل صلوة حائض الا بخمار وقوله ص اذا بلغت المحيض لا يصلح ان يرى منها الا هذا واشار الى الوجه والكفين وقول الصادق ع في رواية يجب على الصبي اذا احتلم الصيام وعلى الجارية اذا حاضت الصيام والخمار الا ان تكون مملوكة فانه ليس عليها خمار وقوله في الحسنة في رواية اسحق بن عمار وقد وصفت بالموثقة يجب ابن عشر سنين حجة الاسلام اذا احتلم وكذا الجارية عليها الحج اذا طمثت وبحوها رواية عن الصادق عليه السلم لا يقال الدم الذي تراه المراة قبل بلوغ التسع ليس بحيض كما عن

الاصحاب وما تراه بعد التسع فهو مسبوق ببلوغها بالسن فلا اثر للحيض في الدلالة على البلوغ لانا نقول هذا مدفوع بما صرح به بعض في الجواب عن هذا الايراد من ظهور الفائدة في مجهولة السن فان بلوغها يعرف بالحيض لدلالته على السن الذي يحصل به البلوغ لا بنفس السن لا يقال لا يعلم كون الدم الخارج من التي اشتبه سنها حيضا الا بعد العلم ببلوغها فلو توقف العلم ببلوغها على كون ذلك حيضا لزم الدور وهو باطل لانا نقول الدم الخارج من هذه المفروضة ان كان بصفة الحيض وشرائطه يحكم عليه بالحيضية والا لم يعلم سنها واذا حكم عليه بالحيضية حكم عليها بالبلوغ باعتباره ولكن قد بينا في هذا ما صرح به في كرة من انه لو اشتبه الخارج انه حيض ام لا لم يحكم ولا يحكم به الا مع اليقين عملا بالاستصحاب لا ان يقال مع وجود الصفة والشرائط لا اشتباه شرعا في الحيضية فتم وقد صرح في الارشاد ويع وغيره ولك كما عن الاصحاب ان الحيض دليل على سبق البلوغ وليس هو بلوغا بنفسه وصرح في مجمع الفائدة بانه لا فائدة في هذا البحث **منهل** يعرف بلوغ الانثى بالحمل ايضا كما صرح به في الشرائع والشرايع وعدة والارشاد وغيره ولك ومجمع الفائدة والمصابيح ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها ظهور التحرير ومجمع الفائدة في دعوى الاجماع عليه ومنها ما تمسك به في المبسوط على ما حكى من قضاء العادة بتقدم الحيض عليه ومنها ما تمسك به في المصابيح من انه مسبوق بالانزال وهو سبب البلوغ اما الثانية فظاهرة واما الاولى فلان تكون الولد انما يكون من مجموع ماء الرجل والمراة لقوله تعالى انا خلقنا الانسان من نطفة امشاج اي مختلطة من مني الرجل ومني المراة وقوله من ماء دافق يخرج من بين الصلب والترائب اي صلب الرجل وترائب المراة وصح بان ما ذكره في تفسير الايتين الشريفتين هو المشهور بين المفسرين والمنقول عن ابن عباس ثم صرح بانه ورد به روايات كثيرة عن النبي صلى الله عليه وآله والائمة عليهم السلم

في انخلق الولد من المائين معا ماء الرجل ابيض غليظ وماء المراة اصفر رقيق وان العظم
والعصب والعروق من نطفة الرجل وان الشعر والجلد واللحم من نطفة المراة وان
الذكورة والانوثة والشبه بالاعمام والاخوال من تساوي المائين وعلو احدهما على
صاحبه وروى ذلك في العلل والراوندي في القصص والطبرسان في المجمع والاحتجاج
وروى العامة ذلك في كتبهم عن رسول الله صلى الله عليه وآله ثم ادعى اتفاق الحكماء و
الاطباء على ذلك وانما اختلفوا في ثبوتها لمني المراة وصرح بان هذا النزاع لفظي
نهـ بر نعم الحجر من غير البالغ ذكرا او انثى وخنثى ببلوغه ورشده كما نص سفر
عليه في الغنية والشرايع والنافع والتبصرة والارشاد والقواعد والتحرير والكفاية
وغيرها ولا اشكال في توقف الرشد على اصلاح ماله كما صرح به في الخلاف والغنية
والشرايع والنافع والتحرير والتذكرة وعد واللمعة وجامع المقاصد والمهذب البارع والارشاد ولف
والمسالك وضه ومجمع الفائدة والرياض والمحكي عن المبسوط والاسكافي بل حكاه عن
اكثر اهل العلم ولهم وجهان الاول ظهور الاتفاق عليه كما اشار اليه في الاخير
والثاني حيث نسب ذلك الى الاصحاب ونفيا الخلاف فيه الثاني ما صرح به
في لف والتنقيح والروضة والمسالك ومجمع الفائدة والرياض من ان المفهوم من الرشد
هو اصلاح المال ونفى في الاول الشك فيه وصرح في الثالث بان ذلك مناسب
للمعنى اللغوي وهو الاهتداء والهداية على ما صرح به في القاموس ومجمع البيان والمراد
باصلاح المال صونه عن الفساد وعن صرفه في غير الوجوه اللائقة بافعال العقلاء
كما صرح به في القواعد والمسالك وضه ومجمع الفائدة والرياض وهل يشترط في ذلك ان
يكون ذلك لاجل ملكة نفسانية تقتضي ذلك كالشجاعة والسخاوة او يكفي مطلق
صح بالاول في القواعد وجامع المقاصد والمهذب البارع والمسالك وضه ومجمع الفائدة
والكفاية والرياض واحتج عليه في ضه بان مطلق الاصلاح يجتمع مع السفه مع

عدم

عدم صدقه بمجرد الاصلاح عرفا وعادة وهو جيد وان الخلق يقبح باصلاح المال في
الخلاف والغنية والنافع والشرايع والتحرير والارشاد وهل يتوقف الرشد ودفع
مال اليتيم بعد بلوغه واصلاحه لماله على العدالة او لا اختلف الاصحاب في
ذلك على قولين الاول ان ذلك يتوقف عليها مط وهو للخلاف والغنية والمحكي في لف
عن المبسوط الثاني انه لا يتوقف عليها وهو لصريح القواعد والمختلف واللمعة وجامع
المقاصد والمسالك وضه ومجمع الفائدة والرياض وغيرها وحكاه في الثاني عن الاسكافي
وفي كرة والمسالك عن اكثر اهل العلم وفي مجمع الفائدة والرياض عن الاكثر وصرح في ضه و
غيرها بانه المشهور الثالث ان الفاسق ان كان ينفق ماله في المعاصي كشرب الخمور و
الات اللهو والقمار او يتوصل به الى الفساد فهو غير رشيد لا يدفع اليه امواله وان
كان فسقه لغير ذلك كالكذب ومنع الزكوة واضاعة الصلوة مع حفظ ماله فهو
رشيد يدفع اليه امواله وهو للتذكرة والتحرير والتنقيح وصرح في النافع والشرايع
بالتردد في المسئلة وهو ظاهر المهذب البارع لانه لم يرجح فيها شيئا للقول الاول
وجوه منها ما تمسك به في الغنية من انه لا خلاف في جواز دفع المال مع العدالة
واصلاح المال وليس على جوازه مع فقدها اذا انفرد احد الامرين دليل واذا اجتمع الامران
معا جاز على كل حال وفيه نظر لما سياتي انشاء الله من الادلة الدالة على جواز الدفع مع
فقد العدالة ومنها نص الغنية بدعوى الاجماع على انه لا يحصل الرشد الا ان يكون
عدلا في دينه ومع عدمه تستمر الحجر وفيه نظر اما اولا فلوهنه بمصير المعظم الى خلافه
بل الظاهر حصول الاتفاق بعد الشيخ وابن زهرة على عدم اشتراط العدالة ولذا صرح
في الرياض بان عليه عامة من تاخر وقد صرح فيه ايضا بوهن هذا الاجماع بمصير الاكثر
الى خلافه مع عدم ظهور مخالف لهم سوى الطوسي في الكتابين خاصة فلم يبق
الا منع الاجماع فكيف يصلح دليلا واما ثانيا فلعدم صلاحيته لمعارضة الادلة

على عدم الاشتراط ومنها ان الفاسق سفيه فلا يدفع اليه الاموال اما الاول فلانه يصح
عرفا اطلاق السفيه على العاصي والفاسق من غير صحة السلب ولان السفاهة عبارة
عن نقصان العقل ولا شبهة في ان العاصي ناقص العقل كما يومي اليه قوله عم في بعض
الروايات العقل ما عبد به الرحمن واكتسب به الجنان ولان السفيه يستعمل في العاصي
ومن لا يصلح ماله من العقلاء فالاصل ان يكون حقيقة في القدر المشترك بينهما دفعا
للاشتراك والمجاز ولانه يصح ان يقسم السفيه الى قسمين فيقال السفيه على قسمين سفيه
في امور الدنيا وسفيه في امور الاخرة والاصل في ذلك ان يكون المقسم موضوعا للقدر
المشترك ولانه يصح ان يقيد السفيه بالقيدين والاصل فيه الاشتراك المعنوي ولانه
يصح الاستفهام عن الفردين والاصل فيه الاشتراك المعنوي وان كان الظاهر من بعض
الاصوليين انه من دلائل الاشتراك اللفظي واما الثاني فلعموم قوله تعالى ولا تؤتوا
السفهاء اموالكم التي جعل الله لكم قياما وفيه نظر اما اولا فللمنع من الصغرى لانه
لا يتبادر من السفيه الا المفسد لماله والمبذر ولا يتبادر منه القدر المشترك بين
المبذر والفاسق المصلح لماله والتبادر من دلائل الحقيقة وعدمه او تبادر الغير من
علامات المجاز وفاقا للمحققين من الاصوليين وقد نبه على ما ذكر في الرياض ولان
الفاسق المصلح لماله يصح سلب اسم السفاهة عنه فيقال هو ليس بسفيه وصحة السلب
من اقوى امارات المجاز وقد صرح بما ذكر في الرياض واما ثانيا فللمنع من كلية الكبرى
على تقدير تسليم الصغرى وذلك لانا لا ان المفهوم من السفيه المقترن بذكر المال المبذر
او للزوم تخصيصه لانا لا نسلم بقيده بما بينا انه من الادلة الدالة على عدم اشتراط العدالة
فتم ومنها ان الفاسق موصوف بالغي ومن وصف به فلا يوصف بالرشد لتنافي
الصفتين كما صرح به في الغنية ويعضده قوله تعالى قد تبين الرشد من الغي فلا يكون
الفاسق رشيدا فلا يجوز دفع المال اليه لعموم قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا

اليهم

اليهم اموالهم هذا وقد روي عن ابن عباس تفسير الرشد في الآية بالوقار والعلم والعقل وفيه نظر
اما اولا فللتصريح لغة والتذكرة والتنقيح وضة ولك والرياض كان المفهوم من الرشد
عرفا هو مجرد صلاح المال وان كان فاسقا وقد صرح في الثالث بنفي الشك فيه وقد
حكى العلامة في التذكرة عن اكثر اهل العلم انهم صرحوا بان الرشد صلاح المال خاصة
سواء كان صالحا في دينه او لا ثم صرح بانه قول ابي حنيفة ومالك واحمد ثم حكى عن مجاهد
انه صرح بانه اذا كان عاقلا وحافظا لماله فقد انس منه الرشد واما ثانيا فللمنع
من ان تنافي وصفي الغي والرشد يمنع من اتصاف الفاسق الموصوف بالغي بالرشد
مطلقا لجواز كون تنافي الامرين من قبيل تنافي العلم والجهل والقدرة والعجز والابوة
والبنوة وغير ذلك من الامور الاضافية المتنافية التي يمكن اتصاف شخص واحد بها في
آن واحد لكن بالاعتبارات المختلفة والجهات المتغايرة لا باعتبار واحد كما يقال فلان
عالم بالنحو وجاهل بالاصول وقادر على الاكل وعاجز عن المشي واب لزيد وابن لعمرو
وهو رشيد في امور الدنيا وسفيه في امور الاخرة وعلى هذا فيلزم دفع اموال الايتام اليهم
بعد البلوغ والرشد بمعنى صلاح المال باعتبار اطلاق قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا
الآية كما اشار اليه في التذكرة ولك فالمنع ولان هذه نكرة مثبتة تصدق في صورة
فلا تفيد العموم في كلما تصلح ولا ريب في ثبوت الرشد للمصلح لماله وان كان فاسقا
لانه قد وجد منه رشد هنا وصرح في الرياض بعد التصريح بان الرشد في العرف هو
مجرد صلاح المال وان كان فاسقا بان عدم الفسق لا مدخلية له في مفهوم الرشد عرفا
كيف لا وهو امر شرعي مغاير له من حيث هو هو قطعا فكيف يعتبر ما لا مدخلية له في
فهمه مما هو متداول بينهم ومتعارف بينهم تعارفا شايعا واما ما روي عن ابن عباس
المتقدم اليه الاشارة فلا يعارض ما قدمناه اما اولا فلضعف الرواية بالارسال ولذا
صرح في الرياض بان الرواية عن ابن عباس غير ثابتة واما ثانيا فللمنع من حجية تفسير

ابن عباس وان قيل هو من اللغة والخبرة فيعتبر كلامه من هذه الجهة فتأمل ولو سلم ان
ما ذكره رواية فليست بحجة لانها مقطوعة كما صرح به في الرياض واما ثانيا فلمخالفته
ما ذكره للعرف كما صرح به في الرياض وصرح بان العرف مقدم على اللغة واما رابعا فلمنع
من دلالته على خلاف المدعى فتأمل واما خامسا فلمعارضته بما اشار اليه في التذكرة
كالذي روي عن ابن عباس انه قال في قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا يعني صلاحا في
اموالهم ومنها ما اشار اليه في لف ولك وضه ومجمع الفائدة والرياض وغيرها
من انه روي عنهم ان شارب الخمر سفيه وصرح في الثاني والثالث والخامس بانه لا قائل
بالفرق وفيه نظر اما اولا فلعدم معلومية اعتبار سند الرواية بحيث يصح الاعتماد عليه
كما اشار اليه في مجمع الفائدة واما ثانيا فلان غايتها الاستعمال وهو اعم من الحقيقة
والمجاز سلمنا الحقيقة ولكن كونه سفيها حقيقة باعتبار الاخرة لا يمنع من كونه رشيدا
باعتبار الدنيا لما تقدم اليه الاشارة وليس في الرواية دلالة بوجه من الوجوه على ثبوت
السفاهة لشارب الخمر من كل جهة واما ثالثا فلمنع من عدم القائل بالفصل بل هو موجود
وقد تقدم اليه الاشارة فتأمل واما رابعا فللمنع من صلاحية هذه الرواية لمعارضة ما دل
على عدم اشتراط العدالة وللقول الثاني وجوه ايضا منها ما تمسك به في مجمع الفائدة
من ان الاصل عدم منع المالك من التصرف في ملكه حيث يكون مصلحا لماله وفيه نظر
ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة والرياض من ان الاصل جواز تصرف الملاك في املاكهم
وصرح في الاخير بان مستندهم عموم ادلة ثبوت السلطنة لارباب الاموال ومن جملتها
قوله ص الناس مسلطون على اموالهم وصرح في الاول بانه يدل عليه العقل والنقل كتابا
وسنة واجماعا ويخرج منه غير البالغ وغير الرشيد بالمعنى المتفق عليه بالاجماع والنص
ويبقى الباقي ومنها ما تمسك به في لف وكره والتنقيح ولك وضه ومجمع الفائدة
والرياض من اطلاق الادلة كتابا وسنة بدفع اموال اليتامى بايناس الرشد من غير

اعتبار امر

اعتبار امر اخر معه والمفهوم من الرشد هو مجرد اصلاح المال وان كان فاسقا ومنها ما تمسك
به في لف قائلا قال ابن الجنيد وقد روي عن ابي عبد الله عليه السلام ان اليتيم اذا بلغ ولم يكن له
عقل لم يدفع اليه شيء ابدا وهو يدل على المطلوب من حيث مفهوم الخطاب اذ تعليق
الحكم على وصف يقتضي عدمه عند عدم ذلك الوصف ومنها ما تمسك به في التنقيح
من عدم دليل يدل على اشتراط العدالة مع خلو كلام المفسرين من اعتبارها ومنها ما
تمسك به في مجمع الفائدة من انه نقل عن ابن عباس وغيره في تفسير الرشد في قوله فان
آنستم الاية انه اصلاح المال ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة ايضا من ان كون العدالة
شرطا مستلزم للضرر في الجملة والاصل عدمه لعموم قوله ص لا ضرر ولا ضرار ومنها
ما تمسك به في مجمع الفائدة من ان غالب على غير العدالة فيلزم من اشتراطها الحرج العظيم
والاصل عدمه اما الاول فمما لا ريب فيه ولا شبهة يعتني به واما الثاني فلما نبه عليه
في لك بقوله واعلم انه لو اعتبرت العدالة في الرشد لم يقم للمسلمين سوق ولم ينتظم
للعالم حال لان الناس الا النادر منهم فاسق او مجهول الحال والجهل بالشرط يقتضي
الجهل بالمشروط وحكى هذا في الرياض عن جماعة فيلزم ترك المعاملة والمناكحة مع معظم
العباد لكونهم اما سفهاء او محتملين السفاهة وقد ثبت ان السفيه محجور عليه لا يجوز
له التصرف في الاموال ولا مباشرة النكاح وهل هذا الا الحرج العظيم والمشقة الشديدة
التي لا يتحمل عادة مضافا الى ان منع معظم الناس الذين فيهم السلاطين والامراء و
الحكام وارباب القهر والغلبة ومن لا يخاف الاخرة ويعشق الدنيا الفانية امر عظيم
مشتمل على حرج عظيم شديد ومشقة نامية بل يكاد ان يعد من المحالات العادية
واما الثالث فلادلة لا يعتبر العدالة مع نفي الحرج في الشريعة لا يقال الاول ممنوع
لان الاصل في المسلم العدالة لانا نقول هذا الاصل ممنوع لفقد الدليل عليه بل صرح
في مجمع الفائدة بان الاصل عدمها لتوقف العدالة على ملكة الطاعة والظاهر عدمها

في الاغلب ومنها ما تمسك به جماعة على ما حكاه في الرياض ومنهم المقدس الاردبيلي
من انه ما نقل في الروايات واقوال العلماء المعاصرين للائمة عليهم السلام مع عموم البلوى با
لايتام واموالهم المنع عن معاملتهم ومناكحتهم وغير ذلك بدون العدالة وقد ورد
في النصوص الامر بالمعاملة والمناكحة من غير تقييد بالعدالة وفي كثير من المعتبرة دلالة
على جواز معاملة الفساق واهل السرقة واخذ جوائز العمال والظلمة وعلى جواز بيع الخشب
لمن يعمل صنما والعنب لمن يعمل خمرا واورد في الرياض على هذا الوجه بعدم تماميته الا
على تقدير اشتراط العدالة على الاطلاق وليست كذلك مشروطة فقد صرح الاصحاب
بان اعتبارها على القول به انما هو في الابتداء لا في الاستدامة وعليه حكى الاجماع في كره
وبذلك صرح القائلان في الكتب المزبورة وانما اشترطوا اعتبارها ابتداء في الاستدامة
فعلى هذا يمكن ان يمنع ما ذكر لاحتمال ابتنائه على وجه الصحة وهو حصول العدالة ابتداء
وان طرأ بعدها وصف الضد ومرجعه الى حمل افعال المسلمين على الصحة وهو شيء
متفق عليه بين العلماء كما هو مستفاد من النصوص المعتبرة وسيرة المسلمين في جميع الاعصار
والازمنة ولا يضر معه الجهل بالشرط في المسألة كما لا يضر معه الجهل بكثير من الشروط المعتبرة
في الاموال المتاعة في اسواق المسلمين كالجلود المشترطة فيها التذكية ومطلق الاموال
المشترطة في المعاملة بها وابتياعها الملكية وعدم كونها سرقة وغير ذلك مما لا يعد
كثرة ومنه يعرف وهن المسألة بالاضافة الى شرط اصل الرشد الذي هو اصلاح المال فلو
صح التمسك بما ذكر لنفي اعتبار العدالة لصح التمسك به لنفي اعتبار اصل الرشد لتساوي
نسبتهما اليهما بالضرورة فكما لا يضر الجهل بالشرط ثمة عند المسلمين بناء على حمل افعال المسلم
على الصحة فكذا فيها بالبديهة لتساوي النسبة وقد نبه على ما ذكرته فيما ذكره تصريحا بالمنع
من اتفاق القائلين باشتراط العدالة على كونها شرطا في الابتداء لا في الاستدامة
بل كلام ابن زهرة صريح في انها شرط مطلقا وعليه نزل في لف كلام الشيخ في ط

سلمنا

سلمنا ولكن ما ذكر من الاحتمال مقطوع بفساده غالبا فلا ينفع ح اصالة حمل فعل المسلم على
الصحة مع ان حجيتها بحيث تشمل محل البحث محل مناقشة وان كانت في اكثر الموارد حجة
بلا ريب ح ومنها ما تمسك به في التذكرة ولك ومجمع الفائدة من ان الكافر لا يحجر عليه
بكفره فالفاسق اولى ومنها ما تمسك به في الاول ولك ايضا من ان العدالة لو كانت شرطا في
الابتداء لاعتبرت بعد ذلك لوجود المقتضي وفيه نظر ومنها ما تمسك به في الاول من ان الحجر
عليه انما كان لحفظ ماله وحراسته عن التلف بالتبذير فالمؤثر فيه ما اثر في تضييع المال
والفاسق وان لم يكن رشيدا في دينه لكنه رشيد في ماله وللقول الثالث ما اشار
اليه في التذكرة من ان الفاسق ان كان ينفق ماله في المعاصي كشرب الخمور وآلات
اللهو والقمار او يتوصل به الى الفساد فهو غير رشيد لا يدفع اليه امواله اجماعا لتبذيره
ماله وتضييعه اياه في غير فائدة وان كان فسقه لغير ذلك كالكذب ومنع الزكوة و
اضاعة الصلوة مع حفظه لماله دفع اليه لان الغرض من الحجر حفظ المال وهو يحصل
بدون الحجر فلا حاجة اليه وكذا لو طرأ الفسق الذي لا يتضمن تضييع المال فلا تبذير
فانه لا يحجر عليه وفيه نظر والاقرب عندي هو القول الثاني **مسئلة** اذا بلغ الصبي
سفيها وغير رشيد لم يدفع اليه ماله ولم يزل عنه الحجر وان صار شيخا وطعن في السن
وقد صرح بذلك في الغنية والنافع والشرائع والارشاد والقواعد والتبصرة والتذكرة
والتحرير يعا المعتمد وشه ولك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض ولهم وجوه منها
ظهور الاتفاق عليه ومنها تصريح المعتمد وشه بدعوى الاجماع على عدم ارتفاع الحجر
عن المفروض ببلوغه خمسا وعشرين سنة وبعضها اولا يصرح لك بان ذلك موضع
وفاق عندنا وان المخالف فيه بعض العامة حيث زعم انه متى بلغ خمسا وعشرين سنة
فك عنه الحجر ودفع اليه ماله وان كان سفيها ومنها تصريح الرياض بانه مع عدم البلوغ
والرشد او احدهما يستمر الحجر عليه ولو طعن في السن وبلغ خمسا وعشرين سنة اتفاقا

مثلًا وفي البحر الحق ثلاث وغيرهما خلافًا للحنفية فنقلوا من حجره بلوغه الى المدة المذكورة وثانيها
تصريح التذكرة بانه لو بلغ الصبي غير رشيد لم يدفع اليه ماله وان صار شيخًا وطعن في
السن عند اكثر علماء الامصار من اهل الحجاز والعراق والشام ومصر فانهم يرون الحجر
على كل مضيع لماله صغيرًا كان او كبيرًا وبه قال مالك والشافعي واحمد بن حنبل وابو يوسف
ومحمد ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة من الاستصحاب ومنها ما تمسك به
في مجمع الفائدة من الاستصحاب ومنها ما تمسك به في التذكرة من قوله تعالى وابتلوا
اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشدًا فادفعوا اليهم اموالهم علق دفع المال
على شرطي البلوغ والرشد فلا يثبت الحكم بدونهما ومنها ما تمسك به في التذكرة
ايضًا من قوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيهًا او ضعيفًا او لا يستطيع ان يمل هو فليملل
وليه بالعدل اثبت الولاية على السفيه واشار الى هذه الوجوه في ضه ومجمع الفائدة
والرياض وينبغي التنبيه على امرين الاول انه لا فرق فيما ذكر بين الذكر والانثى و
الخنثى والحر والمملوك والوضيع والشريف وقد حكي في مجمع الفائدة عن التذكرة انه صرح
بانه لا فرق بين الذكر والانثى في هذا الحكم عند علمائنا الثاني اذا بلغ رشيدًا وزال
عنه الحجر ثم صار مبذرًا وعاد الى السفه حجر عليه ثانيًا كما صرح به في التذكرة والرياض بل
عزاه في الاول الى علمائنا اجمع محتجًا عليه بقوله تعالى فان آنستم الآية وقائلا دل بمفهومه
على تعليل جواز الدفع بعلم الرشد فاذا انتفى العلة انتفى الحكم **منهل** يعلم الرشد
بامور منها اختباره بما يلائمه من التصرفات والاعمال ليظهر اتصافه بالملكة وعدمه
وقد صرح بهذا في النافع والشرائع والتحرير والارشاد والتبصرة والقواعد والتذكرة
واللمعة وجامع المقاصد وضه ولك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض وغيرها ولهم
وجوه احدها ظهور الاتفاق عليه وثانيها تصريح مجمع الفائدة بدعوى الاجماع على ذلك
وثالثها ما تمسك به في مجمع الفائدة من قوله تعالى وابتلوا اليتامى فانه الامتحان

والاختبار

والاختبار واشار الى ما ذكره في التذكرة ورابعها ما اشار اليه في ضه من دلالة الاخبار عليه وكيفية
الاختبار على ما صرح به في الروضة ولك والرياض وغيرها ان ينظر الى الصغير فان كان
من اولاد التجار فوض اليه البيع والشراء لا بمعنى ان يبيع ويشتري بل بمعنى مماكسته فيهما
على وجههما ويراعى الى ان يتم المساومة ثم يتولاه الولي ان شاء فاذا تكرر منه ذلك و
سلم من الغبن والتضييع في غير وجهه فهو رشيد وصرح بما ذكر في التذكرة الا
انه اطلق تفويض البيع والشراء اليه ولم يعتبره بما تقدم اليه الاشارة وكذا صرح به
في التحرير الا انه اطلق تفويضهما ايضًا ولم يذكر التكرار وصرح في عد بانه يحكم برشده
ان كان تاجرًا وعرف منه جودة المعاملة وعدم المغابنة وان كان من اولاد الاكابر
الذين يصانون عن مباشرة البيع والشراء فاختباره بما يناسب حال اهله اما بان يسلم
اليه نفقة مدة معينة لينفقها في مصالحه وفي مواضعها او بان يستوفي الحساب على
معامليهم ونحو ذلك وقد صرح بما ذكره هنا فاضلين في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد
والانثى ان كان من اولاد الدهاقين والوزراء والاكابر الذين يصانون عن الاسواق فان
اختباره يكون بان يسلم اليه نفقة مدة كالشهر لينفقها في مصلحته فيما يتعلق بذلك بصرفها
في مواضعها ويستوفي الحساب على وكيله ويستقصي عليه فهو رشيد وصرح في عد
بانه ان عرف منه المحافظة على ما يكتسبه والملازمة حكم برشده ان كان صانعًا ونحوه
وان كان انثى لم يختبر بالامور المذكورة لان وضعها لم يكن لذلك وانما تختبر بما يلائم
عادة امثالها كالغزل والخياطة وشراء آلتهما المعتادة لامثالها بغير غبن وحفظ
ما يحصل في يدها من ذلك والمحافظة على اجرة مثلها ان عملت للغير وحفظ ما اليه
من اسباب البيت على وجهه وصون الاطعمة التي تحت يدها من الهرة والفارة ونحو
ذلك فاذا تكرر ذلك على وجه افاد الملكة ثبت الرشد ولا يقدح وقوع ما ينافيها من
الغلط والانخداع في بعض الاحيان لوقوعه من الكاملين كثيرًا وصرح في الشرائع وعد

والتحرير فيها المذكورة بانه يختبر الصبية بان تحفظ من التبذير وان تعتني بالاستغزال
والاستنساج ان كانت من اهل ذلك او بما يناسبها من الحركات المناسبة لها وصرح
في لك وغيره بانه انما يتحقق الاختبار بتكرار الفعل منه على وجه يفيد ملكة له واشار
اليه في التذكرة وجامع المقاصد قائلين لا يكفي المرة الواحدة في الاختبار بل لا بد من
التكرار مرارا يحصل معها غلبة الظن بالرشد وزاد الثاني قائلا اذ الملكة لا يعرف
حصولها بمرة وهي لا تحدث في الزمان القصير للقطع بانها انما تكون بالتمرن المستفاد
من تكرار الفعل في الاوقات المتطاولة وعندي فيما ذكره الجماعة المتقدم اليهم الاشارة
من التفصيل نظر اذ لا دليل عليه من شيء من الادلة الاربعة اما الكتاب والسنة فواضح
اذ لم نجد اية ولا رواية ولو ضعيفة متضمنة لبيان كيفية الاختبار بوجه من الوجوه و
انما الموجود فيهما لفظ الرشد والسفاهة ومن الظاهر انه لم يثبت فيهما حقيقة شرعية
كلفظ الصلوة ونحوه فينبغي الرجوع في معرفة معناها الى العرف واللغة كالالفاظ
المذكورة فيهما التي لم يثبت لها حقايق شرعية خاصة فكلمن يصدق عليه عرفا ولغة
انه رشيد وسفيه حقيقة يثبت له الحكم المعلق عليهما وكلمن لم يصدق عليه اللفظان
المذكوران لم يثبت له حكمهما وهذا من القواعد المسلمة المتفق عليها بين المسلمين بل
العقلاء ويدل عليه مضافا الى ما ذكر الاعتبار وجملة من الاخبار واما
الاجماع فلانه لم يتعرض للكيفية المذكورة الا جماعة قليلة تقدم اليهم الاشارة واما
القدماء فلم نعثر لهم لا عينا ولا اثرا على كلام يدل على بيان الكيفية واما المتاخرون
فاكثرهم على الظاهر لم يتعرض لذلك ومنهم المحقق في النافع فانه صرح بانه يعلم رشد
الصبي باختباره بما يلائمه من التصرفات ومنهم العلامة في التبصرة فانه صرح بانه
يعلم الرشد باصلاح ماله عند اختباره بحيث يسلم من المغابنات ويقع افعاله على الوجه
الملائم وصرح في الارشاد بانه يعلم الرشد باصلاح ماله بحيث يتحفظ من الانخداع

والتغابن

والتغابن في المعاملات ومنهم الشهيد في اللمعة فانه صرح بانه يختبر بما يليق ومنهم الفاضل
الخراساني في الكفاية فانه صرح باعتبار الاختبار بالافعال اللائقة بحاله على نحو يدل على كون ذلك
ناشئا عن كيفية راسخة ومع هذا فيمكن تنزيل كلام المصرحين بالكيفية المتقدمة على
ارادة المثل في اغلب الاوقات لا على ارادة الحصر ودوران الحكم مدارها وجودا وعدما
واما العقل فلانا لم نجد منه ما يدل على ما ذكروه بل هو قد يدل على عدم تمامية ما
ذكروه لانتقاض طردها وعكسها على ان الكيفية المذكورة لو كانت معتبرة لورد بها رواية
ولو غير معتبرة لتوفر الدواعي عليها وقد اشار الى ما ذكرنا المقدس الاردبيلي في مجمع
الفائدة قائلا بعد الاشارة اليها في التذكرة والظاهر الذي نفهمه ان الضابط هو
حصول العلم او الظن المتاخم له بانه ضابط لماله ولا يصرفه الا في الاغراض الصحيحة عند
العقلاء بالنسبة الى حاله باي شيء كان ولا يعتبر الابتلاء مرة وشيء فلا يتعين في اولاد
التجار البيع ولا في غيرهم عدمه بل اذا علم او ظن ظنا متاخما للعلم من اي شيء كان يحصل
الرشد وانه لا يحتاج الى ايقاع البيع لا من المولى ولا من غيره فانه بعض لا يعرف ذلك اولاد
التجار ويعرفه غيرهم لعدم علمهم وان اولاد الاكابر قد يعرفون البيع ولا يعرفون غيره بل
ينبغي كونه بحيث لو كان المال بيدهم لا يضيعونه ولا يصرفونه في غير الاغراض الصحيحة وانهم
ان ارادوا البيع ونحوه لا يفعلونه من غير تحقيق بل يصبرون الى ان يحققوه ثم يفعلونه
حتى لا ينخدعوا فيه وذلك كاف ولا يحتاج الى العلم الشايع والمعرفة ولا كونه صنعة ابيه
ولا حصول الملكة بتكرر الفعل بل لا بد من حصول العلم بالرشد لا الملكة لا حصول الملكة الآن
بعد الافعال وانه صرف ماله اولاده الاكابر في مصالحهم مشكل قبل العلم بالرشد والاختبار
قبل بيع الاختبار ولانه قد يكون الاختبار قبل البلوغ كما صرح به في كرة الا انه قال يصح حال
الاختبار واستثناه من عدم صحة تصرفات غير البالغ وفيه تامل قال من قبل بعد وانه
قد لا يعرفه نحو في معاملته ولكن اذا اعطى يحفظه حتى يحقق ذلك فيفعل سواء كان

بيعا وشراء وصرفا فى مصالحه وبالجملة الغرض العلم او الظن المذكور باى شىء كان ولقد
اجاد فيما افاد وبالجملة المعتبر صدق الرشد فى الرشيد والسفاهة فى السفيه حقيقة
عرفا ولغة والظاهر ان الاول لا يصدق الا بعد الاتصاف بملكة راسخة مانعة عن صرف
المال والحقوق فى غير وجوهها المعتبر عند العقلاء وموجبة للصرف فى المصالح والوجوه
المستحسنة عندهم فلو صرف المال من غير ضرورة فيما لا مصلحة فيه اصلا او فيما مصلحة
لا يعتنى بها ولا يقابل المال عند العقلاء لم يعد رشيدا وهذا امر اعتبارى ذو حيثيات
كثيرة كما لا يخفى وينبغى التنبيه على امور الاول هل يشترط فى الاختبار حصول العلم
بتحقق ملكة الرشد اولا بل يكفى الظن ربما يظهر الاول من جملة من الكتب كالنافع و
الشرايع والارشاد والتبصرة وعقود الغرر لتصريحها بانه يعلم الرشد بالاختبار وصرح
بالثانى فى جامع المقاصد ومجمع الفائدة والمسالك محل اشكال من الاصل والعمومات
المانعة من العمل بالظن وغير العلم من الكتاب والسنة ومن فحوى ما دل على ثبوت الرشد
بشهادة العدلين وفحوى ما دل على جواز الاكتفاء فى معرفة العدالة التى هى ملكة راسخة
وفى معرفة القبلة وان اشتراط العلم هنا يفضى الى الحرج العظيم لان ملكة الرشد من
الامور الباطنة التى لا تدرك بالحواس الظاهرة فتحصيل العلم بها فى غاية الصعوبة و
كيف كان فلا ينبغى ترك الاحتياط هنا مع الامكان بل الاحتمال الاول فى غاية القوة
الثانى هل يختبر الصغير قبل بلوغه حتى اذا بلغ لا يحتاج الى الاختبار بل يسلم اليه ماله
ان كان قد عرف رشده اولا بل يختبر بعده صرح بالاول فى الشرايع والارشاد والتذكرة
وغاية المراد وجامع المقاصد وحكى ذلك والرياض ولهم وجوه منها ظهور الاولين
فى دعوى الاتفاق على ذلك لانهما لم يحكيا خلافا فيها الا من بعض العامة القائل بانه
يختبر بعد البلوغ نعم اطلق الاختبار فى فع والتحرير واللمعة ولكنه لا ينافى ما ذكر كما لا يخفى
ومنها ما تمسك به فى غاية المراد من انه لو كان الاختبار بعد البلوغ لادى الحجر الى البالغ

الرشيد

الرشيد وهو خلاف وقد اشار الى ما ذكره فى التذكرة والرياض ايضا وكذا فى جامع المقاصد صح
قائلا انه لو كان الاختبار بعد البلوغ لم يؤمن من منع الحجر على البالغ الرشيد وهو ظلم
فيجب التحفظ عنه ولا يكون الا بالاختبار قبل البلوغ ومنها ما تمسك به فى التذكرة
وغاية المراد وجامع المقاصد وغيرها من قوله تعالى وابتلوا اليتامى وقوله تعالى حتى اذا
بلغوا النكاح اما الاول فلان ابتلاء اليتيم لا يصدق عرفا ولا لغة بالاختبار بعد البلوغ
لان البالغ لا يسمى يتيما حقيقة كما صرح به فى التذكرة وجامع المقاصد بل صرح بدعوى
الاتفاق عليه فى مجمع الفائدة سلمنا الصدق حقيقة ولكن اطلاق الامر بالابتلاء يقتضى
جوازه قبل البلوغ فلا يتعين بعده وقد يعارض بانه يقتضى جوازه بعده فلا يتعين قبله
الا ان يرجح الاول بما تقدم اليه الاشارة فتم واما الثانى فلانه دل على امتداد اختبارهم
الى البلوغ بلفظ حتى فيدل على ان الاختبار قبل البلوغ واورد فى مجمع الفائدة على هذا الوجه
اولا بانه يبعد صدق اليتيم على البالغ القريب من زمان علمه باعتبار ما كان وهو
شايع وذايع وفيه نظر لانا ان اردنا الصدق حقيقة فهو ممنوع لما ذكرنا ولصحة
السلب وان اردنا الصدق مجازا فلا يجدى وان كان من المجازات المشهورة وثانيا بان
الظاهر قوله تعالى فان آنستم الآية يدل على دفع المال بعد ايناس الرشد بلا فصل فلو كان
الاختبار قبل البلوغ لزم وجوب الاعطاء بعد الرشد وقبل البلوغ وهو منفى بالاجماع
وفيه نظر لان ما ذكره انما يتم على تقدير كون الفاء الجزائية فى قوله تعالى فادفعوا اليهم اموالهم
للتعقيب بلا مهلة كالفاء العاطفة وهو ممنوع وان ذهب اليه جماعة لما بيناه فى كتابنا
الاصولية نعم مقتضى اطلاق الامر بالدفع جوازه بعد الرشد وقبل البلوغ ولكن يجب تقييده
بما ذكره من الاجماع وهو اولى من التجوز فى اليتيم بحمله على ما ذكره وتقييد الغاية بما بعد
البلوغ وذلك واضح جدا وثالثا بما اشار اليه بقوله فى مقام ذكر الايرادات وايضا
معلوم ان الابتلاء لم ينته الى حين البلوغ فكانه مقيد بعدم الرشد ايضا بقرينة قوله تعالى

فان آنستم اي ان المراد من ابتلوا هو عدم اعطاء المال والتقدير وابتلوا اليتامى حتى اذا
بلغوا النكاح ورشدوا ويمكن ابقاؤه بتقدير فبلغوا بعد قوله تعالى انستم رشدا ايضا
فيكون الاختبار مقدما فلا يبعد جواز الامرين بجواز التقدير وفيه نظر والمسئلة
محل اشكال ولكن الاحتمال الاول في غاية القوة الثالث صرح في التذكرة بانه ان قلنا
انه يدفع المال للاختبار فتلف في يده لم يكن على الولي الضمان لاصالة براءة الذمة
وهو جيد الرابع اذا اختبر قبل البلوغ او بعده فتبين رشده ومضت مدة
بعد ذلك فحصل الشك في رفع رشده فالظاهر انه يحكم ببقائه مطلقا ولو حصل
الظن بالرفع عملا بالاستصحاب الخامس اذا لم يتمكن من الاختبار قبل البلوغ او لم
يقع اختبره بعده السادس اذا اتفق الاختبار بعد بلوغه ووقع من يقصد اختباره
حين الاختبار عقدا من بيع ونحوه وتبين كونه رشيدا حين العقد فالظاهر صحة العقد
ح وقد قطع به في الايضاح وصرح به ايضا في جامع المقاصد قائلا لان العلم بكون العاقد
رشيدا ليس شرطا لصحة العقد وصرح بالصحة ايضا في مجمع الفائدة قائلا الظاهر صحة
المعاملات والتصرفات التي وقعت حال الاختبار مع ظهور كونه رشيدا ح اذا كان
بالغا لحصول الشرائط في نفس الامر بل عند المعامل ايضا فيدخل تحت عموم ادلة صحة البيع
ونحوه وهو ظاهر ولانه تصرف صدر من اهله في محله وان تبين كونه سفيها او لم
يتبين رشده حين العقد فاستشكل في صحة العقد ح في الايضاح قائلا منشأه ان
السفيه يصح تصرفه باذن الولي وهذه العقود ماذون فيها شرعا ومن حيث بطلان تصرفات
السفيه وهذا سفيه والمذهب عند الشيخ وابن البراج هو منعا صغرى الاول وفي المجهول الحال
انه كان محجورا عليه شرعا ولم يعلم المزيل للحجر والاصل بقاء ما كان على ما كان فالمقتضي للبطلان
موجود والمانع لم يتحقق واورد عليه في جامع المقاصد بان عقد السفيه صحيح اذا اجازه
الولي وكان بالغا فلا وجه للاشكال والاقرب عندي التفصيل ايضا السابع اذا

اختبر

اختبر قبل البلوغ واوقع الصبي حين الاختبار عقدا كالبيع فهل يصح اولا الاقرب الثاني
كما صرح به في الشرائع ومجمع الفائدة وحكي عن التحرير بالصحة مع اذن الولي واستشكل
في ذلك في جامع المقاصد قائلا لان الاشكال في العقد الواقع للاختبار قبل البلوغ و
منشأه من ان الامر بالابتلاء يقتضي كون الفعل الصادر من الصبي معتبرا خصوصا
على القول بان افعال الصبي شرعية ومن ان الصغر مانع من الصحة وافعال الصبي
واقواله غير شرعية كما هو مبين في موضعه والامر بالابتلاء لا يستلزم ازيد من كونه معتبرا
في افادة الرشد وعدمه فلا يقتضي ترتب اثر اخر عليه ثم صرح بان الاصح بطلان العقد
الواقع قبل البلوغ الثامن هل يختبر الخنثى بما يختبر به الذكر او الانثى لم اجد احدا
نبه على هذا والاقرب انه يجوز اختباره بكليهما فيثبت رشده منهل يثبت رشد
الذكر والانثى بشهادة رجلين عدلين به وقد صرح بذلك في الشرائع والنافع والارشاد
والتبصرة والقواعد واللمعة وشرحها ومجمع الفائدة والرياض ولهم وجوه منها
ظهور الاتفاق عليه ومنها ما حكاه في الرياض عن بعض اصحابنا التصريح بدعوى الاجماع عليه
ظهور كلامه فادعائه ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة والرياض من عموم ما دل
على قبول شهادة العدلين في كل موضوع مشتبه ومنها ما تمسك به في الرياض ايضا من
الاستقراء فان اكثر الموضوعات الصرفة المشتبهة تثبت بشهادتهما فكذا هنا ومنها
انه لو لزم الاقتصار في ثبوت الرشد على الاختبار لزم الحرج العظيم كما لا يخفى وهو منفي
شرعا وقد اشار الى هذا في مجمع الفائدة ايضا ومنها فحوى ما دل على ثبوت البلوغ والعقل و
العدالة ونحوها بشهادة العدلين ومنها ان المعهود من سيرة المسلمين قبول شهادة
العدلين ومنها ان الاصل تسلط المالك على ملكه خرج منه من لم يثبت رشده ولم
يشهد العدلان به ولا دليل على خروج من شهد العدلان برشده فيبقى مندرجا تحته
وينبغي التنبيه على امور الاول يثبت رشد الخنثى بذلك ايضا الثاني يثبت رشد

الانثى بشهادة النساء كما صرح به في الكتب المتقدمة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما صرح به في الرياض
فانه ادعى عليه الاجماع في كثير من العبارات ثم تمسك عليه بالنصوص المستفيضة الدالة على
الاكتفاء بشهادتهن منفردات فيما لا يطلع عليه الرجال غالبا بناء على كون رشد النساء
كذلك بلا اشكال وتمسك ايضا كالشرايع ومجمع الفائدة نقلا عنه بنفي الحرج وتمسك بها
ايضا في ذلك قائلا لان رشد المرأة مما لا يطلع عليه الرجال غالبا فلو اقتصرنا في ثبوت
رشدهن على الرجال لزم الحرج والضيق والى ما ذكر يشير المصنف بقوله دفعا للمشقة لاقتصاد
وصرح في ضه بان المعتبر في شهادة النساء بذلك ان تكن اربع وهو ظاهر الارشاد وذلك
ومجمع الفائدة وربما يستفاد من غيرها من الكتب المتقدمة فما ذكره في ضه هو الاقرب
الثالث يثبت رشد الانثى ايضا بشهادة رجل وامرأتين كما صرح به في لك وضه ومجمع
الفائدة والرياض واحتج عليه في الاول بفحواه وفي الاخير بظهور عدم الخلاف فيه وبفحوى
كثير من العبارات دعوى الاجماع عليه الرابع صرح في لك وضه بانه يثبت رشد الانثى
ايضا بشهادة اربع خناثى الخامس يعتبر في الشاهد هنا ذكرا كان او انثى او خنثى العدالة
كما صرح به في الرياض السادس هل يتوقف ثبوت الرشد بشهادة الرجال والنساء و
الخناثى على اقامتها عند الحاكم وحكمه بالرشد فلا يجوز لغيره الاعتماد عليها اولا بل يجوز
لكل احد احتاج الى معرفة الرشد الاعتماد عليها صرح بالاول في الرياض وبالثاني
في مجمع الفائدة وهو في غاية القوة لوجوه منها ان الاصحاب الذين تقدم الاشارة الى
كلامهم اطلقوا ثبوت الرشد بالشهادة ولم ينبهوا على التوقف على حكم الحاكم ولو كان
موقوفا عليه لوقع منهم او من بعضهم التنبيه عليه لان ذلك عادتهم ويعضد ما ذكرنا
اشارة اليه في مجمع الفائدة قائلا ويثبت الرشد بشهادة عدلين بذلك عند الحاكم فيحكم به
ويجري احكامه عليه واما اذا شهدا لا عنده ولم يحكم به فظاهر اشتراطهم انضمام الحكم
الى الشهادة في الامور الا ما استثنى وليس الرشد منه فيقتضي عدم الثبوت مع نفقته

وعدم

وعدم ترتب الاحكام ودليل الاشتراط غير ظاهر لتمكن الثبوت دفعا للحرج ولعمومها عموم ما دل
على جواز قبول شهادة العدلين ومنها فحوى ما دل على ثبوت الهلال والعدالة بالشهادة
مطلقا ولو لم يحكم الحاكم بها ومنها ان التوقف على الحكم مع توفر الدواعي على ثبوت
الرشد يستلزم الحرج العظيم والمشقة الشديدة لفقد الحاكم في اكثر الامكنة وعدم التمكن
من الوصول اليه في اكثر الازمنة غالبا تنبيه صرح في الشرايع والنافع والتحرير
والرياض بان السفيه هو الذي يصرف امواله في غير الاغراض الصحيحة ويفسدها ولا
يصلحها وصرح في الارشاد بان السفيه هو المبذر لامواله في غير الاغراض الصحيحة عن التصرف
في ماله وفي القواعد بان السفيه هو الذي يصرف امواله على غير الوجه الملائم لافعال العقلاء
وصرح في المهذب البارع بان السفيه هو صرف المال في الوجه الغير اللائق بافعال العقلاء
وصرح فيه وفي لك والرياض بان السفه والسفيه يقابل الرشد والرشيد ويضاد
كل منهما للاخر وهو كذلك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه ويدل عليه العرف كما لا يخفى
فكل سفيه ليس برشيد وكل رشيد ليس بسفيه فكلما اعتبر في تحقق الرشد اذا انتفى
اقتضى تحقق السفه وبالعكس فيتفرع على هذا الحكم سفاهة من لم يصلح ماله ويفسده
ويصرفه في غير الوجه اللائق بافعال العقلاء وفي غير الاغراض الصحيحة ولا خلاف ولا
اشكال في ذلك ويدل عليه مضافا الى الاتفاق العرف واللغة وهل يتحقق السفاهة
حيث لم يتحقق الا عدم اصلاح المال كما اذا لم يفسده ولا يصرفه في غير الاغراض الصحيحة
والوجه الغير اللائق بافعال العقلاء ولكن لا رغبة له في اصلاحه على الوجه المعتبر عند
العقلاء او لا صرح بالاول في لك وهو مقتضى اطلاق الكتب المصرحة بتوقف الرشد على
اصلاح المال وقد تضمن بعضها دعوى الاتفاق عليه ولا اشكال في ذلك حيث يصدق
حقيقة عرفا ولغة السفاهة مع ذلك والا فالاقرب عدم الحكم بها اذا خلى عن ملكة
اصلاح المال وصرفه في الوجه اللائق بافعال العقلاء ولكن اصلحه وصرفه في الوجه اللائق

بأنفاقهم على وجه الاتفاق يعني بحكم بسفاهته ولا الاقرب الاول لما بيناه سابقا من توقف
الرشد على الملكة وصرح في ذلك بانه لو كان له ملكة الاصلاح والعمل وجمع المال ولكن
ينفقه بعد ذلك في غير الوجه اللائق بحاله فانه لا يكون رشيدا ايضا وهو جيد ومنه
من السفاهة منها انفاق المال في المحرمات كشرب الخمور وآلات اللهو والقمار ونحو
ذلك وقد صرح بذلك في التذكرة والتحرير والتنقيح والمسالك ومجمع الفائدة والرياض
بل صرح في الاول بدعوى الاجماع عليه ثم احتج عليه بتبذيره وتضييعه اياه في غير فائدة
وهو على اطلاقه مشكل ولذا صرح في الكفاية بان الانفاق في المحرمات على وجه التبذير
سفاهة ومنها صرف المال في الاطعمة النفيسة التي لا يليق بحاله بحسب وقته وبلده
وشرفه وضعته وقد صرح بهذا في الارشاد والتحرير والمسالك وضه والكفاية وزاد في
الثالث فقال ومثله شراء الامتعة الفاخرة والملابس كذلك ونحوه وصرح في التذكرة
بان صرف المال في الملابس النفيسة والثياب الرقيقة والمركوبات الجليلة التي لا تليق
بحاله سفاهة وما ذكروه جيد مع الصدق عرفا حقيقة كما اشار اليه في مجمع الفائدة
فقال صرف المال في الاطعمة النفيسة والاشربة والاكل والشرب لغير اللائق بحاله
بحيث يعاب على ذلك عرفا غالبا ومنها تضييع المال بالقائه في البحر وقد صرح بهذا
في كره ومجمع الفائدة واطلق في التذكرة والمسالك والرياض كون التضييع سفاهة
ومنها عدم التحفظ من الانخداع والتغابن في المعاملة وقد صرح بهذا في الشرايع والتذكرة
والتنقيح والارشاد والتنقيح والمسالك وضه ومجمع الفائدة والرياض وصرح في جامع المقاصد
والمسالك والكفاية والرياض بان الغلط والانخداع احيانا لا يوجب السفاهة وعلله في الثاني
والرابع بوقوعه كثيرا من المتصفين بالرشد وهو جيد وينبغي التنبيه على امور الاول
صرح في ذلك بانه يعتبر في الرشد القدرة على حفظ الموجود وتحصيل المعدوم ومنعه في مجمع
الفائدة بان الذي يترك صنعة ابيه ليس بسفيه وهو جيد الثالث صرح في الكفاية بان

تعدد

تعدد الملبوسات وكثرتها ليس باسراف محتجا عليه بالاخبار المستفيضة وما ذكره جيد حيث
لا تعدد فاسم السفه الرابع لا اشكال في عدم تحقق اسم السفاهة بصرف المال في وجوه
الخير وفي سبيل الله تعالى من الصدقات المستحبة والاوقاف كبناء المساجد والمدارس
والرباطات واكساء العاري واطعام الجائع واعانة الفقراء ونحو ذلك حيث يكون ذلك
لائقا بحاله عادة وهل يتحقق السفاهة بصرف جميع امواله او اكثرها في صنوف الخير
وفي سبيل الله تعالى وان لم يكن لائقا بحاله او لا فيه قولان احدهما انها لا يتحقق بذلك
وهو للارشاد وجامع المقاصد وضه ومجمع الفائدة بل صرح بدعوى الشهرة عليه في الثالث
وثانيهما انها يتحقق بذلك وهو للتذكرة والكفاية وغيرهما للاولين وجوه منها
الاصل ومنها ان ذلك لو كان موجبا للسفاهة والخروج من الرشد للزم تقييد الاطلاقات
والعمومات الواردة في الامر والترغيب بتلك الخيرات والتالي باطل فالمقدم مثله
اما الملازمة فلان الله سبحانه لا يامر بما يقتضي السفاهة واما بطلان التالي فلان
الاصل عدم التقييد والتخصيص حيث لا دليل عليهما كما في محل البحث وقد اشار الى ذلك
في مجمع الفائدة بقوله صرف المال في القربات واصناف الخيرات ليس بتبذير واسرافا
منافيا للرشد وهو الظاهر من الكتاب والسنة اذ الترغيب والتحريص على الانفاق
فيهما كثير جدا ولا يمكن حصره ومن جملة ذلك ما تمسك به في مجمع الفائدة من قوله تعالى
لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون وآتى المال على حبه ومنها ان السفاهة انما
تتحقق عرفا بخلو صرف المال عن فائدة تقابله وليس الامر هنا كذلك فان الفوائد
المترتبة على هذا النوع من الصرف اعظم من المال ومن جميع الفوائد الدنيوية بالضرورة
ويرشد اليه قوله تعالى من جاء بالحسنة فله عشر امثالها وقوله تعالى من يقرض الله قرضا
حسنا وبالجملة هذه الفوائد يليق لها بذل النفوس دونها فكيف بالاموال ولذا بذلت
الانبياء والاوصياء والاولياء انفسهم دونها فكيف يمكن ان يعد بذل الاموال الكثيرة

لاجل تحصيلها سفاهة مع ان المعاملة مع اراذل الناس بنوع نفع جزئي لا يعد سفاهة
ومحال ان يكون المعاملة مع الله سبحانه دون من المعاملة مع الناس فتأمل ما قلناه
بعين البصيرة ومنها ان السفاهة والرشد من موضوعات الاحكام الشرعية فيجب
الرجوع فيهما الى العرف ولا شك فانه يصدق على من بذل اكثر امواله بل جميعها في سبيل
الله تعالى وصنوف الخيرات تقربا الى الله عز وجل واخلاصا انه رشيد ممدوح ولا يصدق
عليه انه سفيه بوجه من الوجوه ومنها ما نبه عليه في ذلك بقوله ومن المستفيض خروج
جماعة من الصحابة وبعض الائمة عليهم السلم كالحسن عليه السلم من اموالهم في الخير وبعضه ما ذكره
في مجمع الفائدة قائلا ويكفي في ذلك ايثار امير المؤمنين عليه السلم المسكين واليتيم والاسير
على نفسه وولده وزوجته وامته مع كونهم صائمين وشدة حاجتهم وامكان دفع حاجتهم
باقل مما اعطاهم فانه نقل في التفاسير انه استقرض عليه السلم من يهودي ثلثة اصوع من
شعير وطحنت فاطمة عليها السلم كل ليلة صاعا وخبزت خمسة اقراص بعددهم فاعطاهم
اياها وتركهم بلا عشاء وما ذاقوا كلهم الا الماء في هذه الثلثة الليالي وفي النهار
كانوا صائمين فنزلت فيهم سورة هل اتى بمدح عظيم لم ينله الا هم قال في مجمع البيان
وليس ذلك مخصوصا بهم بل كل مؤمن يفعل ذلك ينال ذلك وبعضه ما ذكره ايضا
صرف النبي وامير المؤمنين عم ما كانا يملكانه في الجهاد من الاموال الكثيرة في سبيل
الله لا يقال هذا مدفوع بما نبه عليه في ذلك بقوله اللهم الا ان يمنع من كون ذلك لا يليق
بهم فالكلام انما هو في ذلك كالوصف للتاجر اموالهم كلها في عمارة المساجد وفك
الرقاب ونحو ذلك كما مثل به المانع منه لانا نقول ما ذكر لا يصلح للدفع فتم ومنها
ما تمسك به في مجمع الفائدة من المروي في وصية رسول الله صلى الله عليه وآله لامير المؤمنين عم الذي
وصفه بالصحة يا علي اوصيك في نفسك بخصال فاحفظها اللهم اعنه وذكر منها ثالث
مالك ودمك دون دينك ثم قال واما الصدقة فجهدك حتى تقول قد اسرفت ولم تسرف

ثم صح

ثم صح ان لا اسرف في الخيرات مشهور وللاخوين وجع ايضا ومنها ما تمسك به في الذكرى
من قوله تعالى ولا تجعل يدك مغلولة الى عنقك ولا تبسطها كل البسط وصح فيها
بانه صريح في النهي عن صرف المال في صنوف الخيرات واجاب عنه في مجمع الفائدة قائلا
ودليله ليس بتام على انه لو كان الدليل تاما لدل على كون مثل ذلك اسرافا بالنسبة
الى كل احد ويمكن كونه خاصا به ص في ذلك الوقت ونحوه والا يلزم المنع من الايثار
الذي دل عليه الاخبار والايات ومثل قوله تعالى ويؤثرون على انفسهم ولو كان
بهم خصاصة اي حاجة وصح في ذلك بانه لا يدل على مطلوب المستدل معللا بان
الحكم بكونه تبذيرا يقتضي فساد التصرف هنا في نفسه ومنها ما تمسك به في
الكفاية من اطلاق النهي عن الاسراف وايده بقوله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا
ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وبقوله تعالى واتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا
انه لا يحب المسرفين فانه دال على وقوع الاسراف في البذل والانفاق وكذا ايده
بجملة من الروايات قائلا ويؤيده رواية عجلان ورواية عبد الملك وروى ابن ابي
نصر في الصحيح عن ابي الحسن ع في قول الله عز وجل واتوا حقه يوم حصاده ولا تسرفوا
قال كان علي عليه السلم من الاسراف في الحصاد والجذاذ ان يتصدق الرجل بكفيه جميعا وكان ابي
اذا حضر شيئا من هذا فراى احدا من غلمانه يتصدق بكفيه صاح به اعط بيد واحدة
القبضة بعد القبضة والضغث بعد الضغث ومن السنبل وفي الحسن او عن
عن هشام بن المثنى قال سأل رجل ابا عبد الله عليه السلم عن قول الله عز وجل واتوا حقه
الاية فقال كان فلان بن فلان الانصاري سماه وكان له حرث وكان اذا اخذ يتصدق
به ويبقى هو وعياله بغير شيء فجعل الله ذلك سرفا ومما يدل على المطلوب الحديث
الطويل المذكور في كتاب الكافي في باب دخول الصوفية على ابي عبد الله ع وفيه على ما صرح به
بعض الاجلاء انكاره ع عليهم فيما يامرون به الناس من خروج الانسان من ماله الصدقة

على الفقراء والمساكين ومنها ما تمسك به بعض الاجلة من رواية حماد المروية في تفسير
العياشي عن ابي عبد الله عليه السلام قال لو ان رجلا انفق ما في يده في سبيل من سبيل الله
ما كان احسن ولا وفق للخير اليس الله تبارك وتعالى يقول ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة واحسنوا
ان الله يحب المحسنين يعني المقتصدين ومنها ما تمسك به بعض الاجلة من خبر
الوليد بن صبيح الذي وصفه بالصحة قال كنت عند ابي عبد الله عليه السلام فجاءه سائل فاعطاه
ثم جاءه آخر فاعطاه ثم جاء آخر فقال يسع الله تعالى عليك ثم قال ان رجلا كان له
مال ثلثين او اربعين الف درهم ثم شاء ان لا يبقى منها الا وضعها في حق فيبقى
لا مال له فيكون من الثلثة الذين يرد دعاؤهم قلت من هم قال احدهم رجل كان له مال
فانفقه في وجهه ثم قال يا رب ارزقني فيقال له الم ارزقك وقد يجاب عن هذه الروايات
بمعارضتها بالعمومات الدالة على رجحان الانفاق في سبيل الله عز وجل والتعارض
هنا من قبيل تعارض العمومين من وجه لاختصاص العمومات بصورة قصد الاخلاص
والتقرب وبصورة عدم ترتب الضرر بخلاف هذه الرواية فانها تعم الامرين وغيرهما
وان اختصت بصورة انفاق جميع المال او اكثره كما هو في محل البحث بخلاف تلك العمومات
فانها تعم هذين الامرين وغيرهما ومن الظاهر ترجيح العمومات لتواترها واعتضادها
بالاعتبار والعقل وبما ذكر يجاب عن الروايات السابقة مع انها غير صريحة بتحقق
السفاهة في محل البحث ولا بالمنع من الانفاق المفروض فيه والمسئلة لا تخلو من اشكال
فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط وان كان القول الاول لا يخلو عن قوة وعليه فيشترط
قصد الاخلاص ونية التقرب فلو فقد فلا اشكال في تحقق السفاهة غالبا وقد اشار
الى ما ذكر في مجمع الفائدة ايضا **منهل** يمنع السفيه من التصرفات المالية بعد
ثبوت الحجر عليه اما بحكم الحاكم او بمجرد ظهور السفه وثبوته وقد صرح بذلك في الغنية
والشرائع وعد والتبصرة والارشاد وكره واللمعة وجامع المقاصد والك وضة

ومجمع الفائدة

ومجمع الفائدة والرياض ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه في مجمع الفائدة
قائلا منع وحجر السفيه عن التصرفات المالية لتقييده باذن الولي مطلقا عينا ودينا
مع اصابته المصلحة والربح ام لا هو الاجماع ظاهرا ومنها قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء
اموالكم التي جعل الله لكم قياما وقد اشار اليه في مجمع الفائدة ومنها ما اشار اليه في
الغنية من النبوي المرسل اقبضوا على ايدي سفهائكم وينبغي التنبيه على امور الاول
لا فرق في ذلك بين ما يناسب افعال العقلاء او لا كما صرح به في القواعد وضة والتنقيح
والرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه الثاني لا فرق في ذلك ايضا بين الذكر والانثى
كما صرح به في جامع المقاصد والك بل صرح في الاول بان الاخير اشد معللا بانها الى نقصان
العقل والانخداع اقرب مستشهدا على ذلك بما ذهب اليه بعض العامة من بقاء الحجر
عليها وان بلغت رشيدة الثالث يتفرع على ما ذكر امور احدها المنع من تصرفه بالبيع
وقد صرح بخصوصه في الشرائع والنافع وعد والارشاد وكره والك والرياض والحق
به الشراء وقد صرح بخصوصه في الغنية وكره وعد ولا فرق فيه بين ان يتعلق بالعين
او بالذمة كما صرح به في الاخير وثانيها المنع من تصرفه بالهبة وقد صرح بخصوصه في يع
وعد والارشاد وكره والك والرياض وثالثها المنع من تصرفه بالوقف وقد صرح
بخصوصه في القواعد والحق بما ذكر كل عقد ناقل للعين كالصلح او للمنفعة وصرح في كره
بانه لا يصح منه العقود المتعلقة بالمال ورابعها المنع من تصرفه بالعتق وقد صرح بخصوصه
في التذكرة وخامسها المنع من تصرفه بالكتابة وقد صرح بخصوصه في التذكرة ايضا
وسادسها عدم قبول اقراره بالمال وقد صرح بخصوصه في الشرائع وعد والارشاد
والك والرياض وقد صرح به في التذكرة ايضا قائلا اذا اقر السفيه بدين او بما يوجب المال
كجناية الخطاء وشبه العمد واتلاف المال وغصبه لم يقبل اقراره به لانه محجور عليه لحفظ
ماله فلم يصح اقراره كالصبي والمجنون ولانا لو قبلنا اقراره في ماله لزال معنى الحجر لانه

تصرف باختيه المقر له ولانه اقر بما هو ممنوع من التصرف فيه فلم ينفذ اقرار الراهن بالرهن
ولا فرق فيه بين ان يسنده الى ما قبل الحجر او الى ما بعده وصرح في جامع المقاصد بان
اقرار السفيه بالمال غير نافذ حال الحجر فاذا زال فظاهرهم انه لا يؤاخذ به لكن فيما بينه
وبين الله تعالى يجب عليه الاداء ان كان حقا صرح بذلك في التذكرة ويمكن توجيهه بكون
اقراره لغوا فلا يعتد به حال الحجر ولا بعده وما حكاه عنهم وعن كره جيد ثم صرح بانه
لو ادعى عليه بمال فمع الحجة الشرعية يجب وهل يجب باليمين المردودة يبنى على انها كا
لبينة او كالاقرار فيجب على الاول لا الثاني وسابعها منعه من النكاح وقد صرح
بخصوصه في التذكرة وعد وجامع المقاصد واحتج عليه في الاول بانه تصرف يقتضي
المال وهو الالتزام بالصداق فكان ممنوعا منه لتعلقه بالمال واخرى بانه يجري مجرى المعاوضة
المالية فمنع منه كالبيع وحكي عن بعض العامة الحكم بصحة النكاح منه لانه عقد غير مالي فصح
منه كخلعه وطلاقه فان لزم منه المال فحصوله بطريق الضمن ولا يمنع من العقد كما لو
لزم ذلك من الطلاق واجاب عما ذكره بالمنع من كونه غير مالي لان التصرف في المال ممنوع
منه سواء كان بطريق الاصالة او الضمن ولهذا اوجبنا نفقة الولد الذي قربه وثبت
المال دائبتنا النسب فيه ولكن المعتمد هو المنع ولا فرق بين الدائم والمنقطع
ولا بين الرجل والمراة كما صرح به في جامع المقاصد محتجا بان النكاح يقتضي الصداق
فهو تصرف مالي من طرفيها فالزوج يلتزمه والزوجة تجعل البضع في مقابلته وهي تلحق
بالاشياء المتقومة ولهذا لو نكحت نفسها بدون مهر المثل لا يصح بل الولي لا يصح منه
ذلك الا بالمصلحة فالحاصل انه تصرف مالي الثامن يصح الطلاق من السفيه كما صرح به
في الغنية والشرائع والنافع والقواعد والارشاد والتذكرة وعد ولك ومجمع الفائدة
والرياض ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها ظهور التذكرة في دعوى
الاجماع عليه حيث صرح بان ذلك قول عامة اهل العلم الا النخعي وابن ابي ليلى ويونس

تصريح

مادل

تصريح مجمع الفائدة بان الظاهر انه مجمع عليه ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة من عموم
على صحة الطلاق والسليم عن المعارض هنا ومنها ما تمسك به في كره من انه لا يدخل
تحت حجر الولي وتصرفه ولهذا لا يطلق الولي اصلا بل المحجور عليه يطلق بنفسه اذا كان
مكلفا كالعبد ومنها ما تمسك به في التذكرة ايضا من ان الحجر انما يثبت عليه لابقاء ماله
عليه والبضع ليس بمال ولا هو جار مجرى الاموال ولهذا لا ينتقل الى الورثة ولا يمنع المريض
من ازالة الملك عنه ومنها ما تمسك به في كره ايضا من انه ليس بتصرف في المال فصح
وقوعه منه كالاقرار بالحد والقصاص وقد اشار الى هذا في الشرائع ولك قائلين يصح
ذلك اذ المقتضي للحجر صيانة المال وهو لا يقتضي تضييع المال اذ ليس فيه الا فوات
الاستمتاع ومنها ما تمسك به في التذكرة ايضا من انه يصح من العبد بغير اذن سيده
مع منعه من التصرف في المال وهذا يقتضي ان البضع لا يجري مجرى المال ومنها
ما تمسك به في التذكرة ايضا من انه مكلف طلق مختارا فوجب ان ينفذ كالعبد
والمكاتب ولا فرق في ذلك بين ان يطلق قبل الحجر عليه او بعده كما صرح به في التذكرة
مدعيا عليه اتفاق اهل العلم الا ابن ابي ليلى الخامس وكما يصح طلاقه يصح ظهاره
كما صرح به في الشرائع والنافع وكره وعد والارشاد ولك وضه ومجمع الفائدة والرياض
بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه واحتج عليه في كره بعد حكمه بالتكفير بالصوم بان الظهار
ليس ابتداء نكاح بل تمسك بالعقد السابق السادس يصح خلعه ايضا كما صرح به في
الغنية والشرائع والتذكرة والقواعد والارشاد ولك وضه ومجمع الفائدة ولهم
وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما اشار اليه في مجمع الفائدة بقوله والظاهر انه
مجمع عليه ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة من الاصل والعمومات السليمة عن
معارضة ادلة حجر السفيه ومنها ما تمسك به في التذكرة ولك من انه اذا صح منه
الطلاق مجانا من غير مقابلة شيء فصحة الخلع به الذي هو طلاق بعوض اولى فتامل

بشرط وتخلعها ان تخالع بمهر المثل او زايد بدا ولا يجوز بادونه الاول استشكل في كره
في ذلك قائلا ينشاء من انه يصح الطلاق بغير شيء السنة فيما كان مع العوض يكون
اولى ومن انه يجري مجرى المعاوضة فلا يجوز بدون مهر المثل كالبيع بدون ثمن المثل و
صح بالوجهين المذكورين في لك ايضا ولكنه افتى بالاحتمال الثاني وانما احتمل الاول و
عندي صحة ما افتى به في غاية القوة وهل يسلم اليه عوض الخلع او لا صرح بالاول في
المختلف او يع وعد وكره والارشاد واللمعة وضه وجامع الفائدة بل لك انه مما الخلاف فيه
واحتج عليه بانه تصرف مالي ممنوع فلا يجوز وصرح في كره بانه ان دفع اليه لم يصح قبضه وان
اتلفه لم يضمنه ولم تبرأ المرأة بدفعه اليه وهو يرضها لها انا لمعذا ان تلف بيده لانها
سلطته على اتلافه وصرح فيها ايضا كما في الارشاد وضه بقبضها انه وهو جيد لما صرح في كره
من انه ليس بفرقها مالا بناءا ويزاد في الارشاد وضه بجوازه رجعة وفيه اشكال لحيث يستلزم
وجوب الانفاق او دفع مال اخر والا فلا اشكال في الجواز التاسع يسمع اقرار السفيه
بالنسب كما صرح به في الشرايع والتذكرة والقواعد والارشاد وضه ولك وجامع المقاصد
والرياض بل لك انه مما لا خلاف فيه بل حكى في الرياض عن بعض دعوى الاجماع عليه واحتج
عليه في كره وجامع المقاصد بالاصل وانتفاء المانع باعتبار انه لا يستلزم التصرف في
المال وصرح في كره وضه والرياض بانه يسمع اقراره بالنسب وان اوجب النفقة وهو
جيد ولكن استشكل في لك قائلا واما الاقرار بالنسب فان لم يوجب النفقة فقبوله
واضح وان اوجبها اشكل من حيث استلزامه لوجوبها فينبغي ان لا ينفذ لانه تصرف
في المال وفيه نظر لما صرح به غير واحد في هذا الاشكال من انه لا اقرار يتضمن شيئين
احدهما الحاق النسب وهو ليس بمالي فيجب ان يثبت والثاني الانفاق عليه وهو تصرف
مالي فلا يثبت وان كان احدهما لا ينفك عن الآخر غالبا الا ان تلازمهما غير معلوم ومثله في
الاقرار بمتلازمين غالبا وثبوت احدهما دون الآخر الاقرار بالسرقة مرة واحدة من الحرز

فانه

فانه يثبت به المال دون القطع وبالعكس لو اقر بعد التسفيه بالسرقة فانه يقبل في القطع
دون المال وقد نبه على ما ذكره في الرياض وعلى الحنا من قوله لا قرائح فهل ينفق على
المقر له من بيت المال او من مال المقر صرح بالاول في التذكرة وعلله في لك بان بيت
المال معد لمصالح المسلمين والنفقة هنا منها وحكي فيه عن الشهيد قولا بانه ينفق عليه من
مال المقر لانه فرع على ثبوت النسب ولان في الانفاق عليه من بيت المال اضرارا بالمسلمين
فكما يمنع من الاضرار بماله كذلك يمنع بغيره ثم اورد على الوجهين قائلا ويضعف بانا لا قراره
انما نمنعه فيما لا يتعلق بالمال كما قدمناه وبيت المال معد لمصالح المسلمين فكيف يقال
ان مثل ذلك يضر بهم اذ ذلك ثابت في كل من يأخذ منه خيرا ولانه لو قبل في النفقة لا يمكن
جعله وسيلة الى تضييع المال لان ذلك من مقتضيات النسب وقد يتفق في بعض ما ذكره
وكيف كان فالمسألة محل اشكال فالاحوط ترك اخذ النفقة من الامرين المذكورين بل عدم
جوازه في غاية القوة للاصل السليم عن المعارض لا اعلم ظهور القائل بذلك وهو هنا
غير قادح كما لا يخفى لان المتعرض لمسألة النفقة قليل من الاصحاب قيم الثامن يصح اقراره
بما يوجب القصاص كالقتل كما صرح به في الغنية والشرايع وعد وكره والارشاد والا
يضاح ولك وضه والرياض بل صرح في كره بانه لم يعلم فيه خلافا بين اهل العلم واحتج عليه
فيها وفي الايضاح ولك بانه مكلف عاقل وكل عاقل يقبل اقراره بما يوجب القصاص
لعموم اقرار العقلاء على انفسهم جائز واحتج على ذلك في كره ايضا وبانه لا تعلق لهذا الامر
بالمال الحجر بانه بالحجر ولا فرق في ذلك بين ان يكون في النفس او في غيرها كما صرح به في لك
وصرح بانه لو طلب المال فعفى لاجابته اليه نظر من وجوب حفظ النفس الذي هو اولى من حفظ
المال ومن انه مفوت للغرض من الحجر لامكان ان يتواطىء مع المقر له على ذلك لتفويت المال
ثم صرح بان الاقوى وجوب المال وهو جيد وفاقا للقواعد والايضاح وجامع المقاصد
وصرح في كره والارشاد بصحة اقراره بما يوجب الحد وزاد الاول التعزير ايضا وهو جيد

الثاني لو وكل السفيه اجنبيا في عقد بيع او هبة جاز وصح كما صرح به في الشرايع والقواعد
والارشاد والتذكرة واللمعة وشرحها ولك ومجمع الفائدة والكفاية وهو وجوه منها ظهور
الاتفاق عليه كما يستفاد من التذكرة ومنها العمومات نحو قوله تعالى اوفوا بالعقود
واحل الله البيع والمؤمنون عند شروطهم ومنها ما تمسك به في الشرايع والتذكرة ولك وشرحه
من ان عبارته معتبرة لم يسلبها الشارع حكمها عنه فيصح عقده للموكل حيث لم يصادف تصرفه
ماله كان محل البحث فان ايقاع صيغة العقد ليس منه وهل يجوز توكيله في نفس البيع
والهبة لا في خصوص صيغتهما او لا يظهر من اطلاق يع وعد والارشاد الاول ونبه عليه
في مجمع الفائدة ايضا قائلا واما توكيله لغيره فالظاهر انه صحيح ان وقع بشرائطه للاصل
وادلة جواز التوكيل وصدق البيع من اهله في محله مثلا ومنعه من التصرف في ماله
لاحتمال اضاعة ماله لا يستلزم منعه من مال غيره باذنه مع الامن من التضييع اذ قد يباع
في ماله دون مال غيره وكذا فيما له باذن الولي وتعيين الثمن والمبيع مثلا لرفع العلة
المقتضية وهي الانخداع واحتمال التضييع مع صلاحيته لايقاع العقد واعتبار كلامه
ولما تقدم وجميع ما هو مستند له من النص والاجماع وغيرها انتهى وهذا الاحتمال عندي
هو الاقرب ويلحق بالبيع سائر العقود الناقلة للعين والمنفعة العاشر لو اذن
الولي للسفيه في النكاح صح كما صرح به في الشرايع والقواعد والتذكرة ولك ولكن صرح فيه
بانه انما يجوز الاذن له فيما اذا اضطر على وجه يؤمن معه من اتلاف المال بان يعين
الزوجة والمهر مع احتمال الاكتفاء بتعيين واحد منهما واطلاق الاذن الى كونه بمهر المثل
الا ان الاولى انسب بالغرض من الحجر والاحوط ما ذكره اولا ولا يخفى ان جواز ذلك مشروط
بالمصلحة كما لو باشره بنفسه بل هنا اولى وقد صرح بذلك في لك الحادي عشر لو باع او اجاره
الولي صح ولزم كما صرح به في الشرايع وعد ولك والارشاد وجامع المقاصد ولك
والرياض وحكى فيه وفي لك عن الشيخ وابن حمزة وفي لف عن ابن البراج الحكم بالفساد

ح والاقرب

ح والاقرب عندي هو القول الاول المحكي بما دل على صحة بيع الفضولي مع الاجازة بل
وعمومه ولذا تمسك في الرياض على الصحيح بالاصل والعمومات السليمة من المعارض
في المقام ويعضده ما ذكره ما تمسك به في جامع المقاصد من انه بالغ مكلف غاية ما
في الباب منعه لخوف اتلاف المال وهو منتف هنا منهل هل يثبت الحجر على
السفيه بظهور سفهه او لا بل يتوقف على حكم الحاكم بالحجر فاذا لم يحكم به الحاكم يصح
جميع تصرفاته اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه يثبت الحجر بمجرد ظهور
السفه ولا يتوقف على حكم الحاكم وهو للقواعد وجامع المقاصد وشرحه ولك والكفاية
والرياض الثاني انه لا يثبت الا بعد حكم الحاكم وهو للشرايع والتحرير والارشاد وعد
والتذكرة ولف والمحكي عن المبسوط بل حكي في مجمع الفائدة عن بعض دعوى الشهرة
عليه ويظهر من هذا الكتاب اختياره ايضا للاول ولكن وجوه منها ما تمسك به في
الايضاح ولك وشرحه والكفاية والرياض من قوله تعالى فان انستم منهم رشدا فان
مقتضى مفهوم الشرط فيه انه مع عدم ايناس الرشد لا يدفع اليهم فيدل على ان وجود
السفه كاف بنفسه في اثبات الحجر ومفهوم الشرط حجة عند معظم المحققين بل لعلها
في ذلك الى جميعهم وفيه نظر اما اولا فلان غاية ما يستفاد منه انه يثبت الحجر على السفيه
المتصل سفهه بعدم البلوغ بمجرد السفه من غير توقف على حكم الحاكم لا مطلقا لاحتمال
الفصل بين هذا السفيه والسفيه الذي قد اتصف بالرشد قبل اتصافه بالسفه
لانا نقول ذلك ممنوع كيف وقد صرح في مجمع الفائدة بان الظاهر انه لا نزاع في
انه يثبت الحجر على السفيه المتصل سفهه بعدم البلوغ بمجرد السفه وتزول بزوال
السفه من غير توقف في الامرين على حكم الحاكم بل يصح بعضهم دعوى الاجماع على ذلك
من شرح الشهيد وفيه نظر لما اورده عليه بعض الاجلة قائلا واستخبر بان الظاهر من
كلام الاصحاب ان محل الخلاف ما هو اعم من الامرين وما نقله من شرح الشهيد

للاجماع على ما ادعاه والظاهر انما استند الى شرحه على الارشاد كما يشير اليه وانما فلم
اقف عليه في الكتاب المذكور ولم يتعرض لهذه المسئلة بالكلية بل ظاهرهما وانه شمل
عبارات غيره انما هو العموم لانهم جعلوا العنوان في الخلاف السفيه بقول مطلق وهو
اعم من ان يكون متصلا بالصغر ومنفصلا غاية الامر انهم لم يبحثوا عنه عن حال الصغر فيما
كان متصلا اعتمادا على ثبوت الحجر بمجرد الصغر فانه احد اسبابه وانما بحثوا بعد البلوغ
لزوال ذلك السبب الاول ومرادهم ما هو اعم مما ذكرنا وهذا التفصيل الذي ذكره لم
اقف عليه الا في كلامه وقد نبا فتش فيما ذكره بان الاصحاب في هذه المسئلة وان اطلقوا
السفيه فيه محل النزاع بحيث يشمل المسبوق بالرشد وعدمه الا انهم صرحوا من
غير نقل خلاف الا من بعض العامة بانه اذا بلغ الصبي سفيها لم يدفع اليه ماله ولم يزل
عنه الحجر وان صار شيخا وطعن في السن وقد صرح جماعة منهم بدعوى الاجماع عليه ومن
الظاهر ان الحجر الثابت في حال الصغر لم يكن متوقفا على حكم فينحصر محل النزاع في المسئلة
في المسبوق بالرشد وتحقيق لبس كلامهم في تلك المسئلة صريحا في ثبوت الحجر على من بلغ
سفيها ولو لم يحكم به الحاكم بل انما يدل على ذلك بالاطلاق كما لا يخفى والتحقيق ان التعارض
بين كلامهم في تلك المسئلة وكلامهم في هذه المسئلة من قبيل تعارض العمومين من وجه
فيمكن تقييد كل منهما بالاخر ولكن احتمال تقييد كلامهم في تلك المسئلة بما ذكروه في هذه
المسئلة في غاية العزة فتم واما ثانيا فلان غاية ما يستفاد من الاية الشريفة اشتراط
الرشد في دفع مال الصغير بعد بلوغه اليه وهو لا يستلزم عدم صحة تصرفه في ماله لو كان
سفيها الا ان يقال لا قائل بالفصل بين الامرين فتم واما ثالثا فلمعارضة المفهوم في الاية
الشريفة بادلة القول الثاني ومنها ما تمسك به في جامع المقاصد وضة ولك والكفاية
والرياض من منطوق قوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها او ضعيفا او لا يستطيع
ان يمل فليملل وليه بالعدل حيث اثبت على السفيه الولاية فتوقفها على امر اخر يحتاج

الدليل

الى الدليل واورد عليه في مجمع الفائدة قائلا هذه الاية مخصوصة بتقدم الاملاك والولي
لا مطلقا على انه قيل المراد بالسفيه الجاهل بالاملاء وقيل الطفل وقيل الاحمق فالدفع
مجمع البيان ويحتمل غير ذلك ايضا ويحتمل كونه في الابتداء والمحجور عليه بحكم الحاكم
ولهذا قال في ثبت السفيه المحجور عليه فتم ومنها ما تمسك به في الكفاية من قوله تعالى
ولا تؤتوا السفهاء اموالكم الاية حيث جعل سبحانه مناط المنع السفه فلا يحتاج الى امر
اخر وذلك لان تعليق الحكم على المشتق يفيد علية مبدا الاشتقاق كما صرح به في
مجمع الفائدة قائلا ولهذا يتبادر ان العلة هو السفه فصح انه بان الاية عامة بحسب
ظاهر اللفظ في كل سفيه ولكنها ترد على ذلك قائلا هذه الاية مخصوصة بالابتداء في تسليم
المال على ما قالوه هذا على تقدير تسليم ان المراد بالسفهاء المبذرون وبالاموال اموالهم
اضيفت الى الاولياء وانهم المراد بكم بقرينة وارزقوهم وقيل المراد اموال المخاطبين وقد
امروا ان لا يسلموا اموالهم الى السفهاء لينتفعوا بشيء نساءهم واطفالهم بل يرزقهم منها
ولا يسلمها اليهم ثم يرزق منهم وهو الظاهر من الاية وفي بعض الاخبار ايضا اشارة اليه
ويعلم التفصيل من مجمع البيان ومنها المروي عن العياشي في تفسير قوله تعالى ولا تؤتوا
السفهاء اموالكم عن الصادق عليه السلم قال هم اليتامى لا تعطوهم حتى تعرفوا منهم الرشد قيل
فكيف يكون اموالهم اموالنا فقال اذا كنت انت الوارث لهم ومنها المروي عن القمي
عن الباقر عليه السلم من كان في يده مال بعض اليتامى فلا يجوز ان يعطيه حتى يبلغ النكاح و
يحتلم فاذا احتلم وجب عليه الحدود واقامة الفرائض ولا يكون مضيعا ولا شارب خمر
ولا زانيا فاذا انس منه رشدا دفع اليه المال واشهد عليه وان كانوا لا يعلمون انه بلغ
فانه يمتحن بريح ابطه او نبت عانته واذا كان ذلك فقد بلغ فيدفع اليه ماله اذا كان
رشيدا ولا يجوز ان يحبس عنه ماله وفيه نظر لضعف سند هذه الرواية كالسابقة
فلا تصلحان للحجية مع عدم صراحتهما ودلالتهما على المدعى كالايات السابقة ومنها

ما تمسك به في غاية المراد والايضاح وغيرهما من ان المقتضي للحجر والعلة فيه هو السفه
فيجب تحققه بمجرد السفاهة لان وجود العلة يستلزم وجود المعلول وفيه نظر ولذا اجاب
عن هذا في مجمع الفائدة بان القياس باستخراج العلة في ماله ليس بحجة ومنها ما تمسك
به في مجمع الفائدة من انه يجوز المعاملة للسفيه حيث لم يحجر الحاكم عليه يقتضي تضييع ماله
في الحال لانه يعطي ما يسوى اضعافه درهم بدرهم وهو ضرر عظيم والظاهر نفيه شرعا
وعقلا فيسد باب تصرفه لئلا يؤول الى ذلك كما فعل في امثاله وفيه نظر ومنها ان الحجر
باكثر الاسباب الموجبة له كالجنون والرقية وعدم البلوغ والمرض لا يتوقف على حكم الحاكم به
فكذا محل البحث عملا بالاستقراء ويؤيده ان اكثر الاحكام المنوطة في الكتاب والسنة
وكلام الاصحاب باوصاف خاصة لا يتوقف ثبوتها لموضوعاتها على حكم الحاكم فكذا هنا عملا
بالاستقراء وفيهما نظر ومنها ان حجر السفيه لو توقف على حكم الحاكم لورد التنبيه عليه
في اية او رواية لتوفر الدواعي عليه والتالي باطل قطعا ومنها ما اشار اليه في مجمع الفائدة
قائلا جزم المحقق الثاني والشهيدان بان السفه نفسه مانع بل نجد عبارات الاصحاب
كلها في جميع الاحكام من البيع والاجارة والوقف والوصية والهبة وغيرها مشحونة
باشتراط الرشد من القابل وغيره ويبعد حملها على الرشد والسفه ابتداء لانهم يطلقون
ويعممون ويفرعون عليه الفروعات الكثيرة بحيث يفهم عدم النزاع في ذلك كما في
اشتراط البلوغ والعقل ويبعد حملها على ان السفه مانع مع حكم الحاكم وهو ظاهر
وفيما ذكره نظر ايضا ومنها اصالة بقاء الحجر الثابت قبل البلوغ وفيه نظر لمعارضتها
باصالة عدم الحجر السابق الثابت قبل حصول السفه حيث يسبق البلوغ والرشد
اذ لا قائل بالفصل بين الصورتين على الظاهر فينبغي ترجيح الاصل الثاني لاعتضاده
بادلة القول الثاني وللاخرين وجوه منها ما تمسك به في غاية المراد والمسالك ومجمع
الفائدة والرياض من ان الحجر على خلاف الاصل فيقتصر فيه على مورد اليقين وليس

الا بعد حكم الحاكم ومنها العمومات الدالة على صحة تصرف البالغ في ماله نحو قوله تعالى اوفوا
بالعقود واحل الله البيع ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض وقوله
الناس مسلطون على اموالهم والمؤمنون عند شروطهم والصلح جائز بين المسلمين وقد
اشار اليها في مجمع الفائدة قائلا قيل المشهور توقفه على حكم الحاكم بحجره وهو مذهب المصنف
في كتبه للاصل وتسلط الناس على اموالهم عقلا ونقلا وشمول ادلة التصرفات تصرفه الذي
فعله في زمان سفهه من الكتاب والسنة وصدقهما عليه ح ولعدم الدليل في الكتاب و
السنة الا على استصحاب الحجر الى ان يرشد واما الحادث فلا وهذا دليل قوي ويؤيده
الاجماع على عدم تحققه في المفلس الا بعده ويؤيده ايضا نفي الشريعة السهلة وقد
يناقش في بعض ما ذكره ولكن لا اشكال في دلالة العمومات المتقدمة على ذلك لا يقال
تعارض هذه العمومات العمومات الدالة على كون السفيه محجورا عليه مطلقا من الكتاب
والسنة وقد تقدم اليها الاشارة وهي اخص مطلقا من تلك العمومات فيجب تخصيصها
خصوصا مع اعتضاد هذه العمومات بوجوه اعتبارية تقدم اليها الاشارة لانا نقول
هذا مدفوع اما اولا فللمنع من نهوض العمومات الدالة على كون السفيه محجورا عليه
لاثبات الحجر عليه مطلقا كما تقدم اليه الاشارة واما ثانيا فللمنع من كون هذه العمومات
اخص مطلقا بل هي اما اعم مطلقا او من وجه فيكون التعارض بين هذين الصنفين
من العمومات من قبيل تعارض العمومين من وجه وذلك لان هذه العمومات تشمل
المجنون والسفيه بالمعنى المتعارف عند الاصحاب لان السفيه لغة وعرفا يعم الامرين
ويجب حمل اطلاق الفاظ الكتاب والسنة عليهما لا على المصطلح عليه بين الفقهاء
ومن الظاهر اختصاص العمومات المتقدمة الدالة على صحة تصرف البالغ بالعاقل المكلف
فلا يعم المجنون وان شملت معاملة السفيه لنفسه ولغيره وتصرفاته في ماله بنحو الاكل
والشرب والجلوس وح يجب ترجيح هذه العمومات لاكثريتها واوضحية دلالتها

واعتضادها بما تشبّث اليه الاشارة سلمنا ان السفيه عرفا ولغة حقيقة فيما هو المتعارف
بين الاصحاب ولكن مع هذا يكون التعارض بين هذين الصنفين من العمومات من قبيل
تعارض العامين من وجه ايضا وذلك لان العمومات المتقدمة الدالة على صحة تصرفات
البالغ المكلف فقد خرج منها السفيه الذي حجر عليه الحاكم بالاجماع ومن الظاهر انه يلزم
على هذا ان يحكم بان التعارض بين هذين القسمين من العمومات من قبيل تعارض العامين
من وجه لشمول كل منهما ح مالا يشمله الاخر وبه يتحقق مادتا الافتراق وشمولهما معا
للسفيه قبل حجر الحاكم عليه وهو مادة الاجتماع فتعين كون التعارض ح من قبيل
تعارض العامين من وجه فتم سلمنا ان التعارض هنا من قبيل تعارض العام والخاص
المطلقين ولكن تخصيص جميع افراد السفيه من العمومات الدالة على صحة تصرفات البالغ
المكلف يقتضي اخراج اكثر افراد العام منه وتخصيصه الى الاقل من النصف لان
اكثر افراد البالغ المكلف سفيه خصوصا على القول بحصول السفاهة بفقد العدالة
وصدور المعصية والاصل عدم جواز تخصيص العام الى الاقل من النصف فيلزم تخصيص
العمومات الدالة على كون السفيه محجورا عليه بمن حجر عليه الحاكم لسفهه فتم ومنها
ما اشار اليه في كره والايضاح وللث من ان السفاهة امر خفي والانظار فيه تختلف فناسب
كونه منوطا بنظر الحاكم ومنها انه لو ثبت الحجر على السفيه بمجرد السفه للزم ترك المعاملة
مع الناس وجميع العباد بالبيع والصلح والاجارة والهبة والنكاح وغير ذلك ولا
يستثنى منهم الا من ثبت رشده شرعا وهو في غاية القلة ونهاية الندرة والتالي باطل
فالمقدم مثله اما الملازمة فظاهرة على القول بتوقف الرشد على العدالة وتحقق
السفه بمجرد صدور المعصية الفادحة في العدالة وذلك لان غالب الناس خصوصا
الكفار والمخالفين والمتجاهرين بالمعاصي الكبيرة لم يتصفوا بصفة العدالة فهم من السفهاء
فيجب ترك معاملتهم واما على القول بعدم توقف الرشد على العدالة وحصوله مع

مع صدور المعصية الفادحة فلان الناس بين اصناف ثلثة معلوم السفاهة وهو
غالب النساء والمستضعفين من الرجال وبالجملة شطر عظيم من الناس من هذا الصنف
كما لا يخفى ومعلوم الرشد وهو في غاية القلة ونهاية الندرة بالنسبة الى جميع الناس
ومجهول الحال وهذا الصنف كالاول يجب ترك معاملته على تقدير ثبوت الحجر
على السفيه بمجرد السفه لان شرط صحة المعاملة عدم السفاهة من الطرفين فاذا جهل
حال احدهما جهل تحقق شرط الصحة والجهل بالشرط يستلزم الجهل بالمشروط
فلا يصح المعاملة مع ذلك ومن الظاهر ان الصنف الثاني بالنسبة اليهما في غاية القلة
بل كالقطرة بالنسبة الى البحر لا يقال الملازمة ممنوعة لجواز الحكم بصحة معاملة مجهول
الحال وان قلنا بثبوت الحجر على السفيه بمجرد سفهه وذلك لان الاصل في البالغ العاقل
ذكرا كان او انثى وخنثى الرشد شرعا كما ان الاصل في الماء الطهارة وفي يد المسلم الملكية
وفي فعله الصحة لانا نقول لا دليل على هذا الاصل من شيء من الادلة الاربعة
اما الكتاب والسنة فظاهر واما الاجماع فلانا لم نجد احدا من الاصحاب نبه عليه فكيف
يدعى اجماعهم على عنايته واما الاتفاق على معاملة مجهول الحال قديما وحديثا
وارتكابها في جميع الاعصار والامصار فلا يدل على صحة الاصل المذكور وكونه
مستندهم في الجواز لاحتمال ان يكون مستندهم فيه هو ما دل على عدم ثبوت الحجر
على السفيه بمجرد السفه لا يقال الحمل على هذا يقتضي تخصيص العمومات الدالة على كون
السفيه محجورا عليه مطلقا ولا يلزم هذا على تقدير كون الوجه هو الاصل المذكور كما
لا يخفى لانا نقول يلزم على هذا التقدير رفع اصالة عدم الرشد الذي هو ملكة
نفسانية مسبوقة بالعدم وهي مستندة الى العمومات الدالة على عدم جواز نقض
اليقين بالشك وكذا يلزم تخصيص العمومات من الاعتماد على غير العلم من الكتاب والسنة
ومن الظاهر ان ارتكاب التخصيص في العمومات الدالة على ثبوت الحجر على السفيه بمجرد

السفه اولى من ارتكاب التخصيص في هذه العمومات لانها اكثر واوضح دلالة على انه يفيد
لزوم ارتكاب التخصيص في تلك العمومات على تقدير كون الاصل في مجهول الحال الرشد
فتم واما العقل فلانا لم نجد منه ما يدل على صحة الاصل المذكور ان لم ندع انه يدل على
خلافه واما بطلان التالي فلوجوه احدها ان المعهود من سيرة المسلمين قديما وحديثا
ارتكاب المعاملة مع السفهاء والمجهولين حالا لاجل لم يحجر عليهم الحاكم من غير انكار ولا
نكير وثانيها انه لو وجب ترك المعاملة معهم لملك لتظافرت به الاخبار واشتهر وظهر ظهور
الشمس في رابعة النهار والتالي باطل قطعا وثالثها ان ترك المعاملة معهم موجب للضرر
العظيم والمشقة الشديدة والعسر الكامل والاصل عدم ذلك للعمومات الدالة على نفي
الضرر والحرج من الكتاب والسنة وقد نبه على ما ذكر في مجمع الفائدة قائلا ان كان مجرد
السفه حجرا يشكل المعاملة والا لكم فان غالب الناس مجهول الحال ومعلوم السفاهة
وهو ظاهر مع اعتبار العدالة مع عدم رابعة خصوصا اذا اعتبرها اعتبر التشديد الخ
من ان الرشد لا يكفي فيه اصلاح بل لا بد من ملاحظة اصلاح الموجود وتحصيل المعدوم
ومنها انه لو كان السفيه محجورا عليه بمجرد السفه لما توقف الحجر عليه على حكم الحاكم به
والتالي باطل فالمقدم مثله اما الملازمة فظاهرة واما بطلان التالي فلما نبه عليه في كره
قائلا روى عروة بن الزبير ان عبد الله بن جعفر ابتاع بيعا فقال علي عليه السلام لاتين
عثمان ليحجر عليك فاتى عبد الله بن جعفر الزبير فقال قد ابتعت بيعا وان عليا ع
يريد ان يأتي عثمان فيسأله الحجر علي فقال الزبير انا شريكك في البيع فاتى علي عليه السلام
لعثمان ان عبد الله بن جعفر قد ابتاع بيع كذا فاحجر عليه فقال الزبير انا شريكه في البيع
فقال عثمان كيف احجر على رجل شريكه الزبير فتم والمسألة في غاية الاشكال فلا ينبغي
ترك الاحتياط فيها خصوصا فيما اذا بلغ سفيها ولكن القول الثاني في غاية القوة و
ينبغي التنبيه على امور الاول اذا ثبت الحجر على السفيه اما بحكم الحاكم به او بمجرد ظهور

السفه ثم صار رشيدا فلا اشكال في زوال الحجر عنه حينئذ وهل يتوقف على حكم الحاكم به او لا
بل يزول بمجرد تحقق الرشد اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه يتوقف
على حكم الحاكم به وهو للشرايع والقواعد والارشاد واللمعة والمحكي عن المبسوط الثاني
انه لا يتوقف عليه بل يزول بمجرد تحقق الرشد وهو لجامع المقاصد ولك وضه ومجمع
الفائدة والكفاية والرياض وغيرها وحكي عن ابن حمزة للاولين وجوه منها ما
تمسك به في الرياض واشار اليه في لك ولف من ان رفع الحجر الثابت على خلاف الاصل
فلا بد فيه من الاقتصار على القدر المتيقن وهو حيث يحكم الحاكم به ومنها ما اشار
اليه في لف ولك من ان السفه امر خفي والانظار فيه تختلف فيناط بنظر الحاكم و
منها انا قد بينا ان ثبوت الحجر بالسفه يتوقف على حكم الحاكم فكذلك رفعه وقد صرح
بهذه الملازمة في غاية المراد مدعيا ظهورها وكذا صرح بها في التذكرة على ما حكاه عنها
في مجمع الفائدة وربما يستفاد من الارشاد ايضا وقد بينا فساد فيها بالمنع منها كما صرح
به في مجمع الفائدة لعدم الدليل من شيء من الادلة الاربعة لا يقال لا نم ذلك لان
كل من قال بتوقف ثبوت الحجر على الحكم قال بتوقف الرفع عليه لانا نمنع ذلك لان اقوال
الاصحاب في مسألة توقف ثبوت الحجر بالسفاهة ورفعه بعدم توقفها على الحكم وعدمه على ما
صرح به في لك احدها توقف الامرين عليه وهو الذي صار اليه في الشرايع والارشاد و
حكي عن المبسوط وثانيها عدم توقفهما عليه وهو الذي صار اليه في لك والكفاية والرياض
وغيرها وقد صرح في الرياض باشتهار هذين القولين وثالثها توقف الرفع عليه دون
الثبوت وهو الذي صار اليه في اللمعة ولكن صرح بضعفه في غاية المراد ورابعها
توقف الثبوت عليه دون الرفع وهو الذي صار اليه في مجمع الفائدة وصرح في لك بانه
قيل بجهة القائل به وصرح في الرياض بانها عنه صرحوا بانه مجهول القائل فدعوى عدم
القائل بالفصل وثبوت الملازمة به ضعيفة الا ان يقال ان القائل بالفصل وان كان

ايضا

موجودا الا انه اذا علم ثبوت كونه من المنقضين فلا ضير به وفيه نظر وللاخرين وجوه
منها ما تمسك به في الكفاية من ان المقتضي للحجر هو السفه فاذا ارتفع المقتضي
يجب ان يزول وفيه نظر اما اولا فللمنع من ان السفه بنفسه مقتضي بل هو مع حكم الحاكم
او بشرط حكم الحاكم فارتفاعه فقط لا يقتضي ذلك واما ثانيا فلان السفه بنفسه
مقتض لحدوث الحجر ومن الظاهر ان ارتفاع السبب الخاص لا يستلزم ارتفاع المسبب
مطلقا لجواز ان يخلفه سبب آخر ولان سلب الاخص لا يستلزم سلب الاعم ومنها
قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا الآية وقد تمسك به في الروضة والكفاية والرياض وكذا
تمسك به في ذلك فانه لا يجب على الامر بالدفع على ايناس الرشد فلو توقف معه على امر
آخر لم يكن الشرط صحيحا وفيه نظر نعم قد يقال ان مقتضى الملازمة وجوب الدفع وان لم
يحكم الحاكم برفع الحجر عنه وقد يجاب فان الظاهر من الاطلاق في هذا من لم يحكم عليه الحاكم بالحجر
باعتبار السفه بل ومن لم يتصف بالسفه اصلا فلا يشمل محل البحث فتم ومنها
ما تمسك به في الكفاية من عموم قوله ع الناس مسلطون على اموالهم وبعض العمومات
المتقدمة الدالة على اصالة صحة تصرفات البالغ العاقل ولعله لما صح في مجمع الفائدة في
مقام الاحتجاج على ما صار اليه بان الظاهر والاصل عدم الحجر على احد عقلا ونقلا الا ما
ثبت بالدليل بثبوته وهو مع وجود السفه وحكم الحاكم وقد يقال قد خرج من العمومات
المذكورة السفيه الذي حكم الحاكم بحجره باعتبار السفه فلا يمكن ان يشملها بعد زوال
السفه لان ما خرج من العام لا يدخل فيه ثانيا فلا بد فيه من الرجوع الى اصالة بقاء الحكم
السابق وهو هنا بقاء الحجر [illegible] كما لا يخفى وقد يجاب بان الامر في العمومات المذكورة
بعد امتناع حملها على ظاهرها من العموم والاطلاق لثبوت الحجر على السفيه بحجر الحاكم
عليه بالاجماع قد دار الامر بين التخصيص وهو اخراج السفيه المحجور عليه من اللفظ
العام وهو الناس في الرواية المتقدمة والعقود في قوله تعالى اوفوا بالعقود والمؤمنون

في قولهم

اطلاق

في قولهم المؤمنون عند شروطهم فيصح ما ذكر ومن بقاء العام على عمومه وتقييد
حكم العمومات المذكورة بصورة حجر الحاكم عليه فيكون غيرها مندرجا تحت العمومات
فلا يصح ما ذكر بل عليه يصح الاستدلال بها على ذلك كما لا يخفى ومن الظاهر ان تقييد
المطلق اهون من تخصيص العام لانه مجاز بلا محالة دون الاول وفيه نظر فتامل
ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة قائلا واما اذا قيل انه لا يثبت الا بحكم الحاكم فيحتمل
زواله بمجرد زوال السفه لان حكم الحاكم كان مشروطا بوجوده فلما عدم لا يمكن ثبوته و بعد
بقائه من دون الشرط سيما على القول بان البقاء يحتاج الى علة وان علته علة الحدوث
ويؤيده انه قد يعسر اعلام الحاكم فيحصل الضرر بالمنع عن تصرفه في ماله مع عدم المانع
الحقيقي اي السفه فيجزم المص بعدم زواله الا بحكم الحاكم مع اشكاله في ثبوته بدونه بل
التامل ولان العلة هو السفه فلا يبقى المعلول بعدها لها ولحصول الضرر مع عدم السبب
اي السفه وفيما ذكره نظر وكيف كان فالمسألة في غاية الاشكال فلا ينبغي فيها ترك
الاحتياط ولكن القول الثاني في غاية القوة الثاني صح في مجمع الفائدة بانه يمكن قول
في المسألة لو لم يكن خرق اجماع وهو انه قد يكون ممنوعا بمجرد السفه من التصرف فيما لا
مصلحة له في ذلك بل يكون مضرا مثل الغبن الفاحش وشراء المحرمات وصرف المال بلا
عوض وفي غير الاغراض الصحيحة لا مطلقا ويكون ممنوعا عنه مطلقا بحكم الحاكم او لا يكون له
ذلك فتم الثالث اذا حصل الشك في حجر الحاكم فالاصل عدمه ويؤيده البرءة فتم
واذا حصل الشك في السفه وقلنا بالحجر به من دون توقف على حكم الحاكم فظهر من بعض
الاجلة ان الاصل عدمه ايضا وفيه اشكال ولكنه في غاية القوة **منهل** اذا باع
انسان السفيه المحجور عليه شيئا واقبضه اياه وكان البيع باطلا حيث لم يجزه الولي فان
كان المبيع موجودا استعاده البائع لانه ماله وقد صرح بذلك في الشرائع والارشاد وعد
التذكرة واللمعة وشرح ذلك ومجمع الفائدة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه ولا فرق

نحوا ذا استفاد تدليس وجهه بين ان يكون البايع عالما باتصاف المشترى بالسفاهة
حال العقد اولا وقد صرح به فى لك محتجا عليه بان البيع فى نفسه باطل فله الرجوع فى
ماله متى وجده ويظهر مما ذكره من اطلاق ما عداه من الكتب المتقدمة بل نسبه بعض
الاجلة الى الاصحاب بلفظ قالوا وان تلف المبيع وكان قبض السفيه باذن صاحبه مع
كونه عالما بالسفه كان تلفه من مال صاحبه ولا يضمنه السفيه وقد صرح بذلك فى يع
والارشاد وعد وكره وجامع المقاصد ولك وضه ومجمع الفائدة واحتج عليه فى ضه بان
المالك قد ضيع ماله بيده حيث سلمه الى من نهى الله تعالى عن ايتائه اشارة الى هذا
فى لك ايضا بقوله لانه سلطه على ماله مع كونه سفيها ووجود السفه مانع من ثبوت
العوض وكذا اشار اليه فى كره وجامع المقاصد ولا فرق فى ذلك بين ان يفك الحجر عن
السفيه بعد التلف كما صرح به فى الكتب المذكورة لما صرح به فى لك وجامع المقاصد من
انه اذا لم يلزم حال الاتلاف لم يلزم بعد الفك ولو تلف والحال ان البايع جاهل بالسفه
صرح فى عد وكره بان السفيه لا يضمن ح ويكون التلف من المالك وهو ظاهر من اطلاق
يع والارشاد واللمعة بل صرح بعض الاجلة بدعوى الشهرة عليه وصرح فى لك بان وجهه
ان البايع قصر فى معاملته قبل اختبار حاله وعلمه بان العوض المبذول منه ثابت ام لا
فهو مضيع لماله وصرح بهذا الوجه فى كره قائلا لا فرق بين ان يكون من عامله عالما بحاله
او جاهلا اذ كان من حقه ان يبحث عنه ولا يعامل احدا الا عن بصيرة وفيه نظر اما اولا
فلما ذكره بعض الاجلة معترضا على الوجه المذكور من انه لا قائل بتوقف صحة البيع على
اختبار البايع والمشترى بكونه محجورا عليه اولا بل الاصل عدمه وظهور المانع بعد ذلك
لا يوجب ما ذكر واما ثانيا فلانه قد يكون ترك الاختبار لغفلة والغافل معذور واما
ثالثا فلانه قد يكون اختبر واشتبه عليه الامر وصرح فى الروضة بانه لو كان جاهلا بحاله فله
الرجوع مطلقا لعدم تقصيره وهذا هو الظاهر من مجمع الفائدة ايضا ويظهر من موضع من

التذكرة انتهى

فانه فى وضع الحجر تامل حضورها اذ لا يحجر الا بحكم الحاكم فى المختصر فى صورة العلم ايضا تامل لانه صار سفيها ولكن التلف عدم الضمان انتهى دام ظله

التذكرة

القول بضمان السفيه بعد فك الحجر عنه مط ولو فى صورة علم المالك بالحال وهو كما ترى ما فى
الروضة فى غاية القوة لعموم قوله ع على اليد ما اخذت حتى تؤدى ويؤيده عموم قولهم لا ضرر
ولا ضرار وان كان السفيه قبض المبيع بغير اذن صاحبه فالمعتمد وصرح فى لك بانه يضمنه مطلقا
محتجا بان البيع لا يقتضى الاذن فى القبض فيكون متصرفا فى مال الغير بغير اذنه فيضمنه كما
لو اتلف مالا او غصبه بغير اذن مالكه واختار هذا فى ضه ايضا حاكيا له عن بعض ويظهر من
اطلاق يع والارشاد وعد وكره واللمعة عدم ضمان السفيه ح ولعله لاجل ان البيع يفيد
الاذن فى التصرف عادة وان لم يفده عقلا فتامل والاقرب عندى انه مع عدم الاذن فى
التصرف يضمن السفيه قبل فك الحجر عنه ولا فرق فى ذلك بين ان يكون البايع عالما بالحال او جاهلا
به وينبغى التنبيه على امور الاول صرح فى مجمع الفائدة بانه يلحق بالبيع فيما ذكرنا سائر المعاوضات
حتى القرض وهو جيد ويظهر ايضا من القواعد وجامع المقاصد الثانى صرح فى جامع المقاصد بانه يلحق
بالسفيه الصبى والمجنون محتجا بفاء مه الاولوية ولا اشكال فى الالحاق فى صورة عدم ضمان السفيه
الثالث صرح فى مجمع الفائدة بانه لا يجوز التصرف فى مال السفيه باذنه ولا بل يمكن
تحريم اصل المعاملة ومجرد ايقاع صورة البيع والشراء معه مثلا خصوصا على تقدير اعتقاده
صحته بل كاد ان يكون كفرا مع علمه ببطلانها الرابع صرح فى مجمع الفائدة ايضا بانه اذا وقع مال
من السفيه بيده لاجل انه اختبره او بغيره يجب رده الى وليه فان تلف فى يده يكون ضامنا
حيث انه عرف من السفيه عالما بحاله ام جاهلا ولعل احتج على ذلك فى صورة الجهل بتقصيره فانه كان
ينبغى ان لا يعامل حتى يعرف وبعموم قوله ع على اليد ما اخذت حتى تؤدى وبان ما يضمن
بصحيحه يضمن بفاسده وما ادعى انه كالمجمع عليه عندهم وبان التلف من جنس خطاب الوضع
وما ذكره احوط بل فى غاية القوة نعم لو اودع انسان السفيه وديعة بعد
الحجر عليه فتلفت بتفريط او تعد من السفيه فهل يضمن السفيه ح او لا اختلف الاصحاب
فى ذلك على قولين الاول انه لا يضمن ح وهو للشرايع والارشاد والثانى انه يضمن وهو

تردد وفصل انه لا حكم بشئ فيضمنه مع قبض السفيه الا بالاذن ما لكه ولو كان بغير اذنه يضمن مط لان المعاملة الفاسدة الا ان حكم مكون فاضا المالك بغير اذنه فيضمنه كالاتلاف اذن مالكه وجه حسن انتهى
سيد دام ظله

لصريح التذكرة وجامع المقاصد والروض ولك ومجمع الفائدة وبعض حواشي والدي العلامة قدس سره
وربما يستفاد من عد وتوقف في اللمعة كما عن التحرير للاولين وجوه منها اصالة البراءة من
الضمان واستصحاب عدمه ومنها ان كل مال السفيه ليس من جهة التجارة فلا يجوز
لعموم قوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض ومنها ما اشار
اليه في لك قائلا وجه عدم الضمان تفريط المودع باعطائه وقد نهى الله تعالى عنه بقوله تعالى
ولا تؤتوا السفهاء اموالكم فيكون بمنزلة من القى ماله في البحر وقد اشار الى هذا الوجه في كره
وجامع المقاصد وضه ومجمع الفائدة ومنها عموم الاخبار الدالة على نفي الضمان في الوديعة
وفي جميع ما ذكر نظر اما الاول فلان الاصل لا يصلح لمعارضة عموم ما دل على الآتي اليه الا انشاء
واما الثاني فللمنع من دلالة الآية الشريفة سلمنا ولكن يجب تخصيصها بما دل على الضمان
هنا واما الثالث فلما صرح به في كره ولك وضه من ان المالك لم يسلطه على الاتلاف وانما
امره بالحفظ فقد حصل منه الاتلاف بغير اختيار رضا صاحبها كالغصب والحال ان السفيه
بالغ عاقل والاصل عصمة مال الغير الا بسبب واما الرابع فللمنع من شموله لصورة
التعدي او التفريط التي هي محل البحث سلمنا ولكن يجب تخصيصه بما سبق الى الاشارة
وللاخرين وجوه ايضا منها ما تمسك به في مجمع الفائدة من عموم دليل الضمان ولعل
اراد به قولهم على اليد ما اخذت حتى تؤدي ومنها ما تمسك به في لك وجامع المقا
من ان وضع اليد حال الاتلاف غصب والغاصب ضامن ومنها ما صرح به في كره من
ان الصبي والمجنون لو فعلا ذلك لزمهما الضمان فالسفيه اولى ومنها ما صرح به في
جامع المقاصد قائلا ومن ثم لو كان المستعار تضمنه بالغصب فعدم تضمينه بالاتلاف
للوديعة مع كونه ابلغ والفحش ومنها اطلاق دعوى الاجماع على ان التعدي والتفريط
في الوديعة يوجب الضمان وبعضده الحلاف في كلام المعظم بل الظاهر الجميع ومنها
عموم الخبر الذي وصفه في الرياض بالصحة رجل دفع الى رجل وديعة فوضعها في منزل

جاره فضاعت هل يجب عليه اذا خالف الامر واخرجها عن ملكه فوقع من هو ضامن لها
ومنها ان عدم ضمان السفيه المفرط والمتعدي يوجب ضررا عظيما على المودع خصوصا
اذا لم يعلم بالسفه حين الايداع والاصل عدمه لعموم قولهم لا ضرر ولا ضرار والمسئلة
لا تخلو عن اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط ولكن الاقرب هو القول الثاني و
ينبغي التنبيه على امور الاول يلحق بالوديعة العارية فيما ذكر كما صرح به في التذكرة
واللمعة ولك وضه الثاني صرح في القواعد وجامع المقاصد بانه لو اتلف السفيه
بعد الحجر مالا ودعه قبل الحجر ضمن وهو جيد واحتج عليه في الثاني بانه لا تسلط على الا
تلاف هنا من المالك ولا تعريض للاتلاف لكونه غير محجور عليه فيضمن لان اتلاف مال
الغير سبب الثالث الصبي والمجنون اذا اتلفا مال غيرهما بغير اذنه وعصيانه فتلف في
يدهما ضمن في التذكرة وجامع المقاصد ولك بانهما يضمنان الا الفتح كالسفيه
وهو جيد للعموم الاتفاق على ذلك ولعموم قوله على اليد ما اخذت حتى تؤدي
ولعموم نفي الضرر لا يقال يدفع ما ذكر الحديث المشهور الدال على رفع القلم عنهما لانا
نقول الظاهر منه رفع المواخذة والحكم التكليفي وهما غير الضمان الذي هو حكم وضعي
وان اتلفا مال الغير الذي سلطهما على الاتلاف كما اذا باعهما او اقرضهما صرح في
الاولين بانتفاء الضمان عنهما وهو جيد ايضا واذا اودعا او اعيرا شيئا فتلف
بتفريطهما او باتلافهما فهل يضمنان ام لا صرح بالاول في التذكرة وحكاه في جامع المقاصد
عن التحرير لكنه صرح بان ضمان الصبي المميز اذا باشر الاتلاف قوي قائلا لا يكاد التفريط
يقصر عن الاتلاف ما غير المميز والمجنون فهما كسائر الحيوانات وفرق في لك بين
التلف بالتفريط وبالاتلاف قائلا الصبي والمجنون حكمهما فيما يقبض مضمونا كالبيع
والقرض والغصب واتلاف مال الغير بغير اختياره حكم السفيه واما الوديعة والعارية
اذا تلفت بتفريطهما او اتلاف منهما ففي ضمانهما قولان اجودهما ذلك في الثاني دون

الاول اما الاول فلان الضمان باعتبار الاهمال انما يثبت بحب الحفظ والوجوب من باب
خطاب الشرع المتعلق بافعال المكلفين فلا يتعلق بالصبي والمجنون فلا يرد المعارضه
بقوله م على اليد ما اخذت حتى تؤدى فان معهوم على الوجوب والتكليف بالرد وهو
منتفٍ منهما واما الثاني فلان اتلاف الغير مع عدم الاذن فيه سبب ضمانه والاسباب
من خطاب الوضع لا يتوقف على التكليف ومنه يعلم وجه ضمان ما اتلفاه من مال
الغير بغير اذنه وفيما ذكره نظر فتدبر والمسئلة محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك
الاحتياط وان كان ما في كره في غاية القوة **مسئله** لما كان السفه علة الحكم
بالحجر انما بنفسه او بحكم الحاكم على ما مر كان وجود العلة يقتضى وجود المعلول ورفعه رفعها
من غير فرق بين المرة والمرات فلذا صح في يع والارشاد وعد والتذكرة ولك ومجمع
الفائدة بانه لو فك حجر السفيه ثم عاد سفهه حجر عليه ولو زال فك حجره ولو عاد عاد الحجر
وهكذا دائما وقد صرح بنفي الخلاف في ذلك في لك بل صرح في مجمع الفائدة بانه نقل
عليه اجماع علمائنا في التذكرة بل اجماع الصحابه **مسئله** الولايه في مال الطفل
للاب والجد له فان فقدا فالوصى لاحدهما فان فقد فالحاكم وقد صرح بذلك في الشرايع
والنافع والتبصره والارشاد والقواعد والتذكرة والتحرير واللمعه والروضه والمهذب وكنز
العرفان وجامع المقاصد ولك وضه والكفايه والرياض ولهم وجوه منها ظهور
الاتفاق على ذلك وقد صرح بنفي الخلاف فيه في مجمع الفائدة والرياض وصرح في لك
والكفايه بنفي الخلاف في ولاية الاب والجد له بل حكى عن كره وغيرها التصريح بدعوى
الاجماع عليه ومنها ما تمسك به في الرياض من فحوى النصوص المتواترة الدالة على
ثبوت الولايه لهما عليه في امر التزويج لانه اعظم من المال كما يظهر من بعض الاخبار ومنها
ما تمسك به في الرياض ايضا من خصوص النصوص المستفيضه الداله على ثبوت ولاية الوصى
وصرح فيه بانه يستفاد من بعضها ثبوت الولايه للحاكم مع فقد الوصى وللمؤمنين مع

فقد

فقد معما كثيرة واستفاضته ومنها السيرة المستمرة في الجملة وينبغي التنبيه على امور
الاول هل يتوقف ولاية الجد على فقد الاب او لا بل يكون وليا ولو كان الاب موجودا
المستفاد من اطلاق الكتب المتقدمة الثاني بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه وهو المعتمد
وان اشعر عبارة لك وكره في كتاب الوصايا بالاول وعليه فهل كل منهما ولى مستقل يكون
تصرفه ماضيا وان لم يرض الاخر او لا بل هما وليان على وجه الاشتراك فلا ينفذ تصرف
احدهما بدون رضا الاخر الظاهر من الكتب المتقدمه هو الاول بل صرح بنفى الخلاف
فيه في الرياض وهو المعتمد وقد احتج عليه في جامع المقاصد بثبوت الولاية لهما والاصل
عدم اشتراطها الانضمام وان وقع التعارض بين الاب والجد له كما اذا باع احدهما شيئا
من اموال المولى عليه لشخص وباع الاخر ذلك الشيء بعينه لغير ذلك الشخص ووقع عقدهما
في آن واحد فهل يقدم عقد الجد او عقد الاب او يقرع بينهما او يحكم ببطلان العقدين
او بتخيير الحاكم بينهما احتمالات بل صرح في الرياض بوجودها فقال هنا ثم مع تقديم عقد
الجد متمسكا بفحوى ما دل على تقديمه في التزويج من الاجماعات والنصوص المستفيضه
وحكى عن كتاب الحجر من التذكرة ما يوافقه ولكن حكى عن كتاب الوصايا من لك منها ترجيح
تقديم عقد الاب وربما يستفاد ايضا من كتاب الوصايا من لك واحتج في لك و
الكفايه لترجيح احتمال بطلان العقدين بقاعدة استحالة الترجيح من غير مرجح وظهر
منهما ومن ضه التوقف في المسئله وهى محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط
وان كان ما صار اليه في الرياض في غاية القوة الثاني المراد بالجد هنا اب الاب وان علا
كما صرح به في كره وضه ولك والكفايه والرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه وهل
الاجداد في مرتبة واحدة فكلهم اولياء بالاستقلال او الولاية للاقرب الى الاب يمنع الابعد
صرح بالثاني في جامع المقاصد ولك والكفايه وظاهر الاول من اطلاق الشرايع والنافع
والتبصره والارشاد والتحرير وعد وكره وس واللمعه وكنز العرفان وضه والرياض

[حاشية: ... الوصايا ... الولاية على الطفل ... الاب ... الترتيب ... الوصايا ... والولاية الجد ... الاب ...]

والمسألة محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط وان كان الاحتمال الاول في غاية القوة
الثالث هل الاب والجد من الرضاع يلحقان بالاب والجد له من النسب ام لا المعتمد هو
الثاني للاصل وعدم انصراف اطلاق اللفظين الى الاولين بل الظ مجازيتهما وهل الاب
والجد من الزنا كالاب والجد من النسب الصحيح فيه اشكال من اطلاق الاصحاب وصدق
اللفظين عليهما حقيقة عرفا لعدم صحة السلب وغيره من اكثر الامارات الدالة على وضع
اللفظ للمعنى المشترك ومن الاصل وعدم انصراف الاطلاق الى المفروض وكيف كان
فلا ينبغي ترك الاحتياط هنا وان كان الاحتمال الثاني في غاية القوة الرابع هل يشترط
في ثبوت الولاية للاب والجد عدالتهما فلو كانا فاسقين لم يثبت لهما الولاية ام لا فتثبت
الولاية لهما ولو كانا فاسقين يظهر من اطلاق النافع والشرائع والتبصرة والارشاد والتذكرة
والقواعد والدروس واللمعة وكنز العرفان ولك وضه والكفاية الثاني بل الاخير كالتصريح فيه
بل صرح في جامع المقاصد ومجمع الفائدة وصرح فيه وفي الكفاية وغيرهما بان اكثر العبارات
خالية عن اشتراط العدالة فيهما بل صرح بعض هؤلاء بانه اختيار جماعة من محققي متأخري
المتأخرين وبانه الظاهر من كلام الاصحاب ايضا ولكن صرح في الايضاح بالاول وظهر
من القواعد التوقف في المسألة ولكن استفاد منه في مجمع الفائدة والكفاية ما ذهب
اليه في الايضاح ط للقول الاول وجوه منها ما صرح به في مجمع الفائدة والكفاية
من ان الاصل يقتضي عدم الاشتراط ولعلهما ارادا به الاشارة الى العمومات الدالة على
صحة العقود والمعاملات الصادرة من الابوين الفاسقين باعتبار الولاية ويحتمل
انهما اشارا به الى ما صرح به بعض الاجلة من ان الاخبار الدالة على ولايتهما مطلقة ولا
عدمها حتى يقوم دليل واضح على ثبوتها والى ما ذكرناه اشار في جامع المقاصد ايضا
قائلا والذي يقتضيه النظر ان الولاية ثابتة بمقتضى النص والاجماع واشتراط العدالة
فيه لا دليل عليه والمحذور يندفع بان الحاكم متى ظهر عنده بقرائن الاحوال اختلال

حال الطفل

حال الطفل اذا كان للاب عليه ولاية عزله ومنعه من التصرف في ماله واثبات اليد عليه
وان لم يظهر خلافه فولايته ثابتة وان لم يعلم استعلم حاله بالاجتهاد وتتبع سلوكه وشواهد
احواله ومنها فحوى ما دل على عدم اشتراط العدالة في الوكيل ومنها ان اشتراط العدالة
فيهما يستلزم الحرج غالبا فيكون منفيا لقاعدة نفي الحرج فتم ومنها ان العدالة لو كانت
شرطا في ثبوت ولايتهما لاشتهر وبان بل وتواتر لتوفر الدواعي والتالي بط فكذا المقدم
والى ما اشار في جامع المقاصد بقوله لان ولاية الاب ثابتة باصل الشرع بالنص ولم يشترط الشرع
في ولايته العدالة والفرق بينه وبين الاجنبي قائم لان شفقته الكاملة في الجبلة تمنعه
من تضييع مصلحة ولده وللقول الثاني وجوه ايضا منها ما صرح به في جامع المقاصد
من ان الفاسق لا يركن اليه واشار به الى قوله تعالى ولا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار
ويعضده قوله تعالى افمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون وقوله تعالى لا يستوي
اصحاب الجنة واصحاب النار وفيه نظر ومنها ما صرح به في جامع المقاصد من ان
الفاسق ليس اهلا للاستيمان وصرح بما ذكر في الايضاح قائلا الاصح انه لا ولاية
للاب ما دام فاسقا لانها ولاية على من لا يدفع عن نفسه ولا يعرف عن حاله ويستحيل
من حكمة الصانع ان يجعل الفاسق امينا يقبل اقراراته واخباراته عن غيره مع نص القران
على خلافه وفيه نظر ايضا ومنها ان الفاسق سفيه خصوصا اذا كان شارب الخمر و
السفيه لا يثبت له الولاية مط وفيه نظر ايضا للمنع من المقدمة الاولى كما تقدم اليه الاشارة
ومنها ان الاصل عدم ثبوت الولاية لهما لانها على خلاف الاصل فيلزم فيه الاقتصار على
المتيقن وهو صورة ثبوت العدالة لهما وفيه نظر لان الاصل بقاء الولاية لهما اذا كانا
عادلين ثم فسقا ولا قائل بالفصل بين الصورتين على الظاهر فيرجح ان المثبت للولاية مقدم
على النافي لها كما لا يخفى فتم والاقرب عندي هو القول الاول وعليه لو علم ان الاب
والجد الفاسقين يضيعان ويتلفان مال الصغير فالاقرب ان الحاكم لا يمكنهما منه

وانه لا يجوز دفع ماله اليهما الخامس ليس للام ولا لابيها ولا لغيرهما من الاخوة والاعمام
وسائر الاقارب ولاية على الصغير ان فقد ابوه وجده ووصيهما والحاكم وقد صرح
بذلك في القواعد وكره وقد صرح بنفي ولاية الام في التحرير ود وس والكفاية وحكى في
الاخيرين عن الاسكافي القول بولاية الام اذا كانت رشيدة وهو شاذ كما صرح به في ض
بل صرح في كره بدعوى الاجماع على نفي ولاية الام السادس هل تشترط في ثبوت ولاية
الوصي لاحد الابوين جعله وصيا على الصغير اولا بل يكفي مجرد صدق كونه وصيا ولو كان
وصيا على الثلث فقط يظهر من اطلاقات عبارات الاصحاب الثاني ولكن قد يدعى
انصراف الاطلاقات المذكورة الى صورة جعله وصيا على الصغير فيلزم الرجوع في غيرها
الى حكم الاصل وهو عدم ثبوت الولاية فالاحتمال الثاني هو الاقرب السابع صرح في
لك والكفاية بانه لو جعل الاب في الجملة للوصي ان يوصي وجوزنا للوصي ذلك وان لم
ينص له الوصي فحكم وصيه حكمه فيقدم وصي الوصي وان تعدد على الحاكم وفيه نظر
فان المتبادر من اطلاق الوصي المحكوم بكونه وليا في كلمات الاصحاب هو الوصي بلا واسطة
لا وصي الوصي فالاصل عدم ثبوت الولاية فتامل الثامن صرح في لك بانه لا حكم لوصي الاب
مع وجود الجد لو ان علا وحكاه عن كره واستفاده من الشرايع وما ذكره جيد
التاسع صرح في لك وجامع المقاصد والكفاية والرياض بان المراد بالحاكم حيث
يطلق في ابواب الفقه الفقيه الجامع لشرائط الفتوى وقد صرح في الاول بدعوى الاجماع
وفي الاخير بنفي الخلاف فيه ولكن صرح في الاول والثاني في مقام آخر بان المراد بالحاكم
الامام المعصوم ع ونائبه الخاص ع وفي زمن الغيبة هو المستجمع لشرائط الفتوى
ولا يشترط في الحاكم مباشرة التولية بل يجوز له نصب امين فيها كما صرح به في الغنية
والشرايع والارشاد والتذكرة وعد والتحرير والتبصرة واللمعة وضه والرياض بل
الظاهر انه مما لا خلاف فيه ويدل عليه مضافا الى ما ذكر عموم ما دل على نفي الحرج

والضرر

والضرر والعمومات الدالة على صحة بيع مال الصغير واشتهار نصب الامين للتولية
من غير نكير ولا انكار وهل ينعزل بموت الحاكم او لا فيه اشكال من الاستصحاب ومن
ان الامين هنا وكيل والوكالة تبطل بموت الموكل وهذا هو الاقرب العاشر اذا
فقد جميع الاولياء المتقدم اليهم الاشارة ولم يبق احد منهم فهل يجوز للعدل المؤمن ان
يباشر التولية بنفسه ويثبت له الولاية بفقدهم او لا الاقرب الاول وسيأتي
تحقيق الكلام فيه في محل آخر الحادي عشر ولي المجنون كولي الطفل فالولاية في ماله اولا
للاب والجد له فان فقدا فالوصي لاحدهما فان فقد فالحاكم وقد صرح بذلك في الشرايع
والنافع والتبصرة والارشاد واللمعة وضه والكفاية ومجمع الفائدة والرياض بل الظاهر
انه مما لا خلاف فيه كما صرح به في الرياض وهل تثبت الولاية عليه للعدل المؤمن مع فقد
اولئك الاولياء او لا فيه اشكال ولكن الاقرب الاول الثاني عشر يمنع المجنون من
التصرفات ويرجع الى ان يكمل عقله فهو محجور عليه وقد صرح به في النافع والارشاد و
اللمعة وضه ومجمع الفائدة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بل صرح في الرياض بان ثبوت الحجر
مجمع عليه كما عن التذكرة ثم صرح بانه الحجة المخصصة للاصل وصرح في مجمع الفائدة
بان دليل حجر المجنون هو العقل والنقل وهو ظاهر ولو كان المجنون يعتوره ادوارا صح
تصرفه في حال افاقته ورجوع عقله ورشده كما صرح به في الارشاد ومجمع الفائدة
واشار اليه في اللمعة وضه ولو ادعى المجنون المعلوم جنونه بعد افاقته وقوع البيع حال
جنونه فانكره المشتري فصرح في الارشاد بان القول قوله مع اليمين واحتج عليه في مجمع
الفائدة بوجوه قائلا لان الاصل بقاء المال على مالكه واستصحاب حال المجنون الى ان
يعلم زواله وليس بمعلوم ولانه عرف حاله فلا يعارض ذلك باصل الصحة وعدم
الفساد لكثرته ولانه قد يمنع كون الصحة اصلا نعم قد يكون ظاهرا من حال المسلم فان
الاصل عدم البيع وعدم الصحة لانها موقوفة على الشرائط المعلومة والاصل في الكل

هو العلم بلا تعبد بما اورده المحقق الثاني انه لا اقل ان يكون هنا التردد كما فعله في
ونظيرها ذكره انه اختارها اختاره في الارشاد وهو الاقرب **منها**
الولاية في مال السفيه الذي كان قبل السفاهة رشيدا وارتفع عنه الحجر بالبلوغ والرشد
ثم لحقه السفه فثبت عليه الحجر للحاكم لا غيره من الاب والجد له وقد صرح بذلك في الشرائع والتحرير
والارشاد والقواعد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وغيره وهو ظاهر النهاية والمراسم والتبصرة
والكفاية ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما يظهر من اكثر كتب الاصحاب المتضمنة لما ذكر
من الحكم لعدم اشارتها الى الخلاف منهم بوجه من الوجوه نعم ربما يستفاد من الرياض تقوية
القول بثبوت الولاية هنا للابوين ووصيهما مع وجودهم ولكنه اعترف بان ظاهر المسالك وغيره
وغيرهما عدم الخلاف فيه ومنها ما تمسك به في المسالك وغيره من ارتفاع ولاية الاب والجد له
عنه بالرشد السابق فيحتاج عودها الى دليل والحاكم ولي عام لا يحتاج الى دليل وان تخلف في
بعض الموارد فاوره وعليه في الكفاية بان عموم ولاية الحاكم في محل المنع وانما يثبت لو علم
عدم ولاية الاب والجد هنا ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة والكفاية قائلين ويمكن الاستدلال
بانه لابد له من ولي يباشر اموره والمناسب لذلك من هو محاط بالعلم والديانة ولان العلماء
ورثة الانبياء وانهم بمنزلة انبياء بني اسرائيل ولا شك في ثبوت ذلك للانبياء وولاية
الفقيه نائب ولي الاصل بمقتضى بعض الاخبار المؤيد بالشهرة ونقل الاتفاق ومنها ما
سبق اليه الاشارة انشاء الله تعالى واختلف الاصحاب فيمن له الولاية على السفيه المحجور الذي
بلغ سفيها ولم يسبق له رشد على قولين الاول انه الحاكم وان الولاية له وهو
الصريح موضع من التذكرة وظاهر اطلاق الشرائع والارشاد والتحرير والقواعد ويمكن استفادته
من النهاية والمراسم والتبصرة بل صرح في المسالك انه اشهر القولين وصرح في الرياض بانه اختيار
الاكثر حاكيا هذه الشهرة عن المسالك وغيره الثاني انه الاب والجد له وان فقدا فوصي احدهما
فان فقد فالحاكم كالصغير وهو المعتمد وجامع المقاصد والمسالك وغيره والرياض ونفى عنه

الباس

الباس في موضع آخر من التذكرة وربما يستفاد من مجمع الفائدة ايضا وللاولين وجوه منها
ان الحجر على هذا السفيه يتوقف على حكم الحاكم وكذلك رفعه يتوقف عليه فيلزم ان تكون
الولاية بعد الحجر عليه ثابتة للحاكم وقد صرح بهذه الملازمة في التذكرة وجامع المقاصد
والروضة وكذا صرح بها في المسالك مدعيا ظهورها لا يقال لا نسلم ان الحجر على هذا السفيه
يتوقف على حكم الحاكم بل يثبت بمجرد ظهور السفه وقد اشار الى هذا في مجمع الفائدة و
الرياض بل صرح في الاول بانه لا نزاع على الظاهر في عدم توقف الحجر على السفيه المفروض
على حكم الحاكم مستدلا على ذلك بقوله تعالى فان آنستم منهم رشدا الاية ومستشهدا ايضا
بالتذكرة لانا نقول ما ذكر غير متجه لما بيناه سابقا من توقف الحجر على هذا السفيه
على حكم الحاكم وان النزاع فيه موجود ظاهرا ولا يقال الملازمة ممنوعة كما صرح به في مجمع
الفائدة قائلا على انه على تقدير تسليم قول المحقق الثاني بالتوقف في حجر السفيه وزواله على حكم
الحاكم لا يستلزم ذلك كون الولاية له لجواز ان لا يثبت ولا يزول الا بحكمه مع كون
الولاية والتصرف الى الولي وانما التوقف لعدم معرفته ووضوح نظره بخلاف الحاكم فانه
المجتهد الجامع للشرائط كما صرح به في المسالك وغيره وقد صرح بمنع الملازمة في الرياض ايضا معللا
بما ذكره لانا نقول غاية ما يلزم مما ذكراه عدم ثبوت الملازمة وهو لا ينافي ثبوتها شرعا
بالاجماع وغيره كما هو الظاهر من التذكرة والمسالك والروضة فتامل ومنها ان الولاية على السفيه
ثبتت للحاكم في الجملة بالاجماع على الظاهر فلو ثبتت لغيره من الاب والجد له ولو في الجملة لكان بينهم
مساوات والاصل عدمها لعموم قوله تعالى هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون وقوله تعالى افمن
كان مؤمنا كمن كان فاسقا لا يستوون فتامل ومنها قوله تعالى والمؤمنون والمؤمنات بعضهم
اولياء بعض فانه باطلاقه يقتضي ثبوت الولاية للحاكم مع وجود الابوين الذين لم يتصفا بالايمان
من غيرهما خرج ما اذا ثبت ولا يتم تمسك اذ لا قائل بالفصل فتامل وللاخرين وجوه ايضا
منها ما تمسك به في جامع المقاصد والمسالك والروضة والرياض من ان الولاية للاب والجد له كانت

ثابتة لهما قبل البلوغ فالاصل بقائها بعد البلوغ وقبل الرشد عملا بالاستصحاب واورد عليه
في الكفاية بالمنع من حجية هذه الاستصحابات وفيه نظر لما بيناه في المفاتيح من حجية
الاستصحاب مطلقا نعم قد يناقش فيما ذكر بمعارضته باصالة بقاء ولاية الحاكم فيما اذا
كان الاب والجد له مجنونين قبل البلوغ وبعده قبل الرشد ثم صارا عاقلين رشيدين
لظهور ان الولاية حين جنونهما للحاكم اذ لا ولي غيره قطعا ويلزم على القول بكونهما وليين
فيما اذا بلغ الصغير سفيها ثبوت الولاية لهما بعد ارتفاع الجنون عنهما وحصول الرشد
لهما ولا يلزم ذلك على القول الاول بالضرورة ومن الظاهر موافقته لقاعدة الاستصحاب
في هذه الصورة وان خالفها في الصورة الغالبة فاذا وقع التعارض بين الاستصحابين
ولو باعتبار عدم القائل بالفصل بين صور المسئلة كما في محل البحث كان اللازم اما
التوقف او الرجوع الى المرجحات الخارجية وعلى اي تقدير لا يتجه التمسك بالاستصحاب
على هذا القول اما على التقدير الاول فواضح واما على التقدير الثاني فلاعتضاد الا
ستصحاب الثاني الدال على بقاء ولاية الحاكم فيما فرضناه بالشهرة على ما صرح به في الك ومن
الظاهر ان الشهرة ولو كانت منقولة من المرجحات فاذن الاستصحاب يدل على القول الثاني
دون الاول فتم ومنها ما تمسك به في الرياض من فحوى ما دل على ثبوت الولاية على السفيه
للاب والجد في النكاح من الاجماع المحكي في عبائر كثير من الاصحاب وقد يناقش فيه اولا
بالمنع من الفحوى وثانيا بان ما دل على ثبوت الولاية لهما عليه في النكاح لا يختص بما اذا
بلغ سفيها بل يعم ما اذا حصل له السفاهة على ما يظهر من الرياض فيلزم ان يحكم بالفحوى
بثبوت الولاية لهما عليه في المال مط ولو حصل له السفاهة بعد الرشد كما صرح به في الرياض
ولكن قد عرفت انه لا ولاية لهما عليه في المال في هذه الصورة فيلزم فيها رفع اليد من الفحوى
ويلزم منه رفع اليد منها في محل البحث اذ لم يثبت كونها كالعام في ان التخصيص لا يخرجه
عن الحجية فتم وثالثا بمعارضة الفحوى بادلة القول الاول وما يؤيدها وهو الشهرة فتم

ومنها

ترب وهو الاتمام

ومنها ما تمسك به في الرياض من ان السفيه بالاضافة الى المال في حكم المجنون فكما ان ولي
المجنون الاب والجد له فكذلك السفيه وفيه نظر لانه ان اريد من كونه في حكم المجنون
انه فرد من افراده الحقيقية ليدخل تحت عموم ما دل على ان ولي المجنون هو الاب والجد له
فضعفه ظاهر لان السفيه لا يطلق عليه حقيقة انه مجنون لان امارات المجاز كصحة السلب وعدم
التبادر وتبادر الغير وعدم حسن الاستفهام وعدم صحة الاستثناء وعدم الاطراد
وعدم صحة التقسيم والتقييد بالضدين وبالجملة لو لم نقل بالاشتراك المعنوي كلها او اكثرها
متحققة هنا ونفي اللازم يدل على نفي الملزوم وان اريد انه ملحق بالمجنون في الاحكام فهو
ممنوع لعدم دلالة شيء من الادلة الاربعة عليه على انه لو صح ذلك لزم ارتفاع التكاليف عنه ولزم
ايضا ان يكون وليه الاب والجد له مط ولو سبق له الرشد وكل ذلك باطل فتم وان اريد به
انه يشبه المجنون في خفة العقل وقلة الادراك فذلك لا يقتضي الاشتراك في الحكم الشرعي
بل يقتضي صحة التجوز وليست بمحل البحث فتم ومنها ما صرح به بعض الاجلة واشار اليه في
الكفاية من ان المفهوم من قوله تعالى فان انستم الاية انه مع عدم ايناس الرشد لان كان سفيها
او مجنونا لا يدفع اليه المال والخطاب للاولياء حال الصغر وهم الاب والجد له ومن يتفرع عليهما
وفيه نظر ومنها تصريح مجمع الفائدة بان الظاهر انه لا خلاف ولا نزاع في جواز البيع والشراء
وسائر التصرفات للاطفال والمجانين والسفهاء المتصل جنونهم وسفههم الى البلوغ من الاب
والجد للاب لا للام ومن وصى احدهما مع عدمهما ثم من الحاكم او الذي يعينه لهم وفيما ذكره
نظر واضح والمسئلة لا تخلو عن اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط وان كان القول الاول
هو الاقرب وينبغي التنبيه على امور الاول صرح في التحرير بان الولاية في مال السفيه للحاكم
او امينه خاصة وهو جيد واشار اليه في النهاية بعد المراسم والنافع والتبصرة والارشاد وغيرها
ينبغي للحاكم ان يوكل عن السفيه الثاني اذا لم يتمكن من الحاكم لفقدهم ولتعذر الوصول
اليهم فهل يثبت الولاية على السفيه في ماله للعدل المؤمن ومن يوثق بدينه وامانته كما

ولا من الاب ولا من الجد له
ولا من وصي احدهما
مد

تثبت الولاية له على الصغير والمجنون حيث لا يتمكن من الحاكم أو لا أصح بالأول في مجمع الفائدة
والكفاية وهو الأقرب ولهما وجوه منها ما تمسك به في التذكرة والدروس وضه ولك
والرياض على ثبوتها ولاية على الصغير عند فقد الحاكم من أنها إعانة على البر والتقوى
فيجوز لعموم قوله تعالى تعاونوا على البر والتقوى ومنها ما تمسك به في الدروس ولك
والرياض على ذلك أيضاً من قوله تعالى المؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض خرج منه
ما أجمع على عدم ولايته فيبقى الباقي داخلاً في العموم ومنها ما تمسك به في لف على ذلك
من أنه ولاية إحسان محض فيجوز لعموم قوله تعالى وما على المحسنين من سبيل ومنها ما
تمسك به في الإيضاح وجامع المقاصد ولك على ذلك أيضاً من أن ذلك من المعروف والمصالح
الحسبية فيستفاد الإذن فيها من أدلة الأمر بالمعروف ومثل هذا كاف في الإذن الشرعي
وقد تمسك في مجمع الفائدة على ثبوت الولاية على السفيه بعدم الفرق بينه وبين الصغير
بالضرورة وبحكاية الخضر عليه السلام من خرق السفينة وفهم أن العلة في مال اليتيم هو الحسن
وبقوله تعالى وما على المحسنين من سبيل وصرح في لك وجامع المقاصد بأن تطرق محذور
إتلاف المال يندفع بحصول وصف العدالة في المتولي وينبغي الاقتصار على الفعل الضروري
الذي يضطر إلى تقديمه قبل مراجعة الحاكم وتأخير غيره إلى حين التمكن من إذنه كما صرح به في ضه
ولك والرياض في ولاية للطفل عند فقد الحاكم الثالث صرح في يع بأنه ينبغي للحاكم
أن يوكل عن السفهاء وكذا غير السفهاء ممن للحاكم عليه ولاية كالصبيان والمجانين

منهل حكم السفيه في المحرمات والواجبات والمستحبات والمكروهات والمباحات
ومعظم الأحكام الوضعية حكم الرشيد فكلما تتعلق الأحكام المذكورة به كذلك تتعلق
بالسفيه فليس هو كالمجنون في ارتفاع التكاليف عنه والحجة في ذلك وجوه منها
ظهور الاتفاق عليه بل هو مجمع عليه بل هو ضروري الدين ومنها أنه بالغ قادر عاقل
عالم وكلما كان كذلك فالأصل أن يكون مكلفاً بتلك التكاليف لعموم ما دل على تعلقها

بمن ذكر

بمن ذكر في الكتاب والسنة وكلمات الأصحاب وهي سليمة عن المعارض لعدم قيام شيء من
الأدلة الأربعة على خروج السفيه منها ومنها أنه لو لم يتعلق به تلك التكاليف لا
بل وتواتر التنبيه عليه في الأخبار وكلمات الأصحاب فيحرم عليه الزنا والربا وشرب الخمر و
قتل النفس والغيبة والغناء وغير ذلك من سائر المحرمات ويجب عليه الوضوء والغسل
والتيمم والصلوة والصوم والزكوة والخمس والحج والجهاد وغير ذلك من الواجبات ويستحب
له الصلوة جماعة والزيارة وقراءة القرآن وغير ذلك من المستحبات وينبغي التنبيه على
أمور الأول صرح في كره وعد ولك بأن السفيه لا يجوز له أن يفرق الزكوة والخمس
وسائر الحقوق المالية الواجبة وهو جيد واحتج عليه في الأول بأنه تصرف في المال وهو
ممنوع منه على الاستقلال وربما يدل عليه قوله فإن آنستم منهم رشداً الآية وقوله تعالى
ولا تؤتوا السفهاء أموالكم الآية الثاني صرح في التذكرة وضه ولك بأنه لا يمنع من الحج
الواجب سواء زادت نفقته عن نفقة الحضر أم لا وهو ظاهر الشرائع وعد والإرشاد
واللمعة وجامع المقاصد ومجمع الفائدة واحتج فيه على ذلك بعموم أدلة الوجوب كتاباً
وسنة وإجماعاً من غير تخصيص وما ذكروه جيد وصرح في كره وضه ولك بأنه لا يسلم
إليه النفقة بل يتولاه الولي وزاد في الأخير فصرح فيها بأنه يجوز أن يدفع إلى وكيل الولي
وما ذكره جيد وصرح في مجمع الفائدة بأنه ينبغي أن يسلم نفقته ومتاعه إلى من يوثق
به ممن كان معه ولو بأجرة ويمكن أن يكون ذلك مراده وهل الحج الواجب يختص بحجة
الإسلام أو لا بل يعم الواجب بالنذر قبل عروض السفاهة صرح بالثاني في التذكرة وضه
ولك وهو ظاهر إطلاق الشرائع وعد والإرشاد واللمعة وهو الأقرب وصرح في
التذكرة بأنه لو نذر الحج بعد الحجر عليه فالأقوى انعقاده لكن لا يمكن منه إن زادت نفقته
في السفر ولم يكن له كسب يفي بها بل إذا دفع الحجر عنه الثالث هل يمنع من الحج المندوب
أو لا الأقرب الثاني إذا استوت نفقته حضراً وسفراً كما صرح به في الشرائع وعد

والتذكرة والقواعد والارشاد واللمعة وغيرها وذلك بل الظ انه مما لا خلاف فيه واحتج عليه
في الثاني والآخر بانه لا ضرر على المال الخ وصرح في الثاني بانه يكون على الولي الانفاق عليه
او يدفع النفقة الى نفسه واذا كان نفقة السفر اكثر من نفقة الحضر كما هو الغالب وقال
السفيه انا اكتسب هذه الزيادة في السفر فهل يمنع ح من الحج المندوب ام لا صرح بالثاني
في الشرايع والتذكرة وعد وغيرها واحتج عليه في الثاني وذلك بانتفاء الضرر عن مال
المحجور عليه فيه واورد عليه في جامع المقاصد وذلك بان ما يكتسبه مال فيتعلق الحجر به
ولكن اجاب في جامع المقاصد اولا بانه قبل الاكتساب لم يكن مالا وبعده صار محتاجا
الى زيادة النفقة وثانيا بان الاكتساب ليس بواجب على السفيه وليس للولي تعجيزه عليه
فلا يلزم من صرف ما يحصل به اتلاف شيء من المال الذي تعلق به الحجر واجاب في ذلك
عن الاول بانه انما يتم لو لم يمكنه العود او امكنه بنفقة مساوية لنفقة الاكمال والا لم ينفعه
احتياجه الى النفقة وعن الثاني ان الاكتساب وان كان غير واجب عليه الا انه اذا اكتسب
باختياره تحقق المال ولزم الحجر فيه فعاد المحذور نعم لو كان ذلك الكسب الواقع في السفر
لا يحصل في الحضر وكان بعد التلبس بالحج او قبله ولم يمكنه العود الا بصرفه زال الاشكال
وقد يقال لا نسلم ثبوت الحجر على جميع اموال السفيه حتى هذه الزيادة التي حصلها باكتسابه
في طريق الحج المندوب سلمنا ولكن كونه محجورا عليه لا يمنع من جواز صرف الولي او وكيله
وامينه ذلك المال على السفيه كما ان ذلك لا يمنع من صرف الزيادات التي يحتاج اليها
باعتبار الفصول والحوادث والاعراض بل الصرف هنا اولى لحصول منفعة اخروية به ولا
اشكال في انها اعظم من المنافع الدنيوية باسرها مضافا الى عموم قوله ص الناس مسلطون
على اموالهم والى ما اشار اليه بعض الاجلة قائلا اما لو اراد الحج ندبا فانهم اشترطوا فيه
ان لا تزيد نفقته سفرا من نفقته حضرا لعدم الضرر ولا اعرف لهذا الشرط وجها اذا
كان الولي هو او وكيله المتولي للانفاق عليه والضرر انما يتطرق بتمكينه من النفقة على

نفسه

نفسه على انه من الظاهر البين ان نفقة السفر تزيد على نفقة الحضر غالبا لما يحتاج اليه من
الدواب واللوازم كما هو المشاهد المعلوم في جميع الازمان وح فكيف يمنع من هذا الثواب
العظيم المترتب على الحج وهو مكلف عاقل لا مانع له سوى السفاهة التي هي عبارة عن
صرف المال في غير محله وهو هنا مندفع بتولي الولي لذلك او وكيله والمسئلة المذكورة
غير منصوصة كما اعترف به في ذلك فليجب الوقوف فيها على ما ذكروه والعجب انهم قالوا
انه يجوز للانسان ان يتصدق بجميع امواله وينفقها في الخيرات والطاعات ولا يكون ذلك
سفها مع ما فيه من الضرر العظيم ويمنعون هنا من زيادة نفقة السفر لكون ذلك ضررا
والى ما ذكرنا يميل كلام المحقق الاردبيلي ايضا كما اشار اليه بقوله والظاهر عدم منعه من
المندوب نعم لمثل ما مر وانما يستلزم صرف المال زائدا على الحضر على ان ما ذكروه من عموم
الحجر على وجه يتناول منعه من فعل الطاعات والقربات المستحبة والنذر ونحو ذلك
في محل المنع فان غاية ما يستفاد من الايات والاخبار التي تقدم ذكرها هو انه
لسفهه لا يتمكن من المال الخ خوفا من ان يصرفه في المصارف الغير الشرعية وح فلو اراد ان
يتصدق بصدقة او يبني مسجدا او نحو ذلك على وجه لا يدفع المال اليه فالمانع منه حتى
انهم يحكمون بالحجر فيه وفي امثاله فانه عاقل كامل داخل تحت الخطاب بتلك الاخبار
الدالة على استحباب الصدقة وفعل الخير وبذل المعروف وتخصيص هذه الاخبار باخبار
الحجر ليس باولى من العكس ايضا فان غاية ما يتمسكون به كونه سفيها ومجرد السفه من حيث
هو لا يصلح للمنع من ذلك كالفاسق نعم الذي يقتضيه السفه هو الحجر عليه في ماله لئلا يصرفه
في غير المصارف الشرعية من وجوه السفه والغرض هنا انه يصرف في المصارف الشرعية
التي ليست بسفه على وجه لم يدفع اليه المال وبالجملة فان دعوى عموم الحجر على وجه يتناول
ما ذكرناه وامثاله ممنوعة لا اعرف عليها دليلا ويؤيد جميع ما ذكرناه وان كان في بعضه
مناقشة واضحة ان السفيه لو كان ممنوعا من الحج المندوب في الصورة المفروضة لورد

التنبيه عليه في الاختيار كما لا يخفى والثاني بطء فاذن نحو من الحج المندوب فيما ذكرناه من الصورة
هو الاقرب ولا يبعد الحاق الزيارات المستحبة والاسفار الراجحة به فهل يشترط ان
لا يكون قادرا في الحضر على الكسب الذي يحصل به الزيادة في السفر او لا فظهر الاول من ضه
ولك والثاني من اطلاق يع وكره وعد وهو في غاية القوة واذا لم يكن له كسب يحصل
به الزيادة فهل يمنع من الحج المندوب او لا يظهر من الكتب المتقدمة الاول وهو احوط بل
في غاية القوة وينبغي التنبيه على امور الاول اذا لم يتمكن السفيه من الاتيان بواجب
كالصلوة الا ببذل مال او ارتكاب معاملة كما اذا توقف اتيانه بالفرائض اليومية على
ابتياع الماء او التراب للوضوء او الغسل او التيمم وعلى ابتياع الساتر ونحوه ولم يكن له
ولي مط يباشر ذلك فهل يسقط عنه التكليف بذلك الواجب او لا يتوقف ذلك
الواجب على الشرط الذي يتوقف تحصيله على بذل المال ولا يرتفع الحجر عنه حينئذ اما مطلقا
او اذا علم ببذل المال او ارتكب المعاملة على الوجه اللائق عند العقلاء احتمالات اقويها
الثالث للعمومات الدالة على ثبوت التكليف بذلك الواجب وشرط وجوده واستصحابه
وانما خص بعض الصور لان الباقي يلحق به لظهور عدم القول بالفصل ولا يعارضهما
اطلاق ادلة الحجر من النص والفتوى لعدم انصرافه الى محل البحث سلمنا ولكن التعارض
بينه وبين تلك العمومات من قبيل تعارض العمومين من وجه ومن الظاهر ان وجوه
الترجيح مع تلك العمومات الثاني اذا احرم السفيه تطوعا ولم تستو نفقته حضرا وسفرا
ولم يمكنه تكسب ما يحتاج اليه فصرح في الشرايع والقواعد والارشاد والتذكرة بان الولي
يأمره بالصوم كالمحصور واستشكل هذا في لك قائلا ويفهم من قوله وان لم يكن كلف حلله الولي
ان احرامه ينعقد على كل حال ويشكل مع الاخلال بالشرايط للنهي عنه حينئذ المقتضي للفساد
ثم صرح بانه يمكن دفعه بان النهي هنا ليس عن ذات العبادة ولا عن شرطها لان المندوب
لا يشترط فيه المال فينعقد وانما النهي عن اتلاف المال الزائد فطريق استدراكه تحليله

الولي

الولي له بالصوم لانه كالمحصور حيث يحرم عليه الذهاب للاكمال وان كان لامر خارج
كعجزه عن النفقة ثم صرح كما في كره وجامع المقاصد بان هذا يتجه ان جعلنا لدم الاحصار
بدلا والا بقي على احرامه الى زمان الفك ثم صرح كما في جامع المقاصد بانه على القول بالبدل
فهو عشرة ايام كما في الحج وروى ثمانية عشر ايام وصرح بان خصوص هذه المسئلة لا نص
فيها عندنا الثالث اذا حلف السفيه على فعل شيء او تركه حيث يكون اليمين
منعقدة في غيره انعقد يمينه لما صرح به في الشرايع والارشاد وعد والتذكرة واللمعة
وضه ولك وجمع الفائدة بل الظ انه مما لا خلاف فيه فان حنث فعليه الكفارة كما صرح
به في الكتب المذكورة وقد قطع به في لك قائلا لانه بالغ عاقل وهل يكفر بالصوم او بالمال
صرح بالاول في الارشاد وعد وكره واللمعة وضه ولك وجمع الفائدة وصرح في يع بعد
التصريح بانه يكفر بالصوم بان فيه ترددا وصرح بوجهه في لك قائلا ووجه التردد من انه ممنوع
من التصرف المالي فيكفر بالصوم كالعبد والفقير ومن ان الكفارة تصريح واجبة عليه
وهو مالك للمال فيخرج من المال كما يخرج الواجبات من الزكوة والخمس ومؤنة الحج الواجب
والكفارة التي قد سبق وجوبها على الحجر ثم ضعف ما ذكر قائلا ويضعف بان هذه
الواجبات ثبتت عليه بغير اختياره فلا تصرف له في المال وانما الحاكم به هو الله تعالى بخلاف
الكفارة في المتنازع فان سببها مستند الى اختياره فمخالفته مقتضى اليمين فلو اخرجها
من المال امكن جعل ذلك وسيلة له الى ذهابه لان مقتضى السفه تحجره عليه فلا ينبغي
ثم صرح بانه الاقوى انه يكفر بالصوم وبه قطع العلامة في كتبه حتى في كره من غير نقل التردد
ولا الخلاف وما قواه فهو الاقوى عندي للعمومات المانعة من دفع المال الى السفيه لظهور
انه لو جاز له التكفير بالمال لجاز له الدفع اليه من هذه الحيثية لا يقال يعارضها عموم ما دل
على صحة التكفير بالمال فلا عبرة بها لانا نقول لا نسلم هذا العموم كما صرح به بعض الاجلة سلمنا الظ (وشرح [illegible])
ولكن التعارض بينه وبين تلك العمومات من قبيل تعارض العمومين من وجه ومن

ان وجب الترجيح مع تلك العمومات لاعتضادها بالشهرة العظيمة بل بعدم ظهور الخلاف فيه وبه
وصرح في الروضة ومجمع الفائدة بان يمينه انما تنعقد حيث لا يكون متعلقه بالمال بل الظ
انه مما لا خلاف فيه وان اطلق في الارشاد وعدم ذكره في اللمعة انعقاد يمينه وتلحق بها
النذر والعهد اللذان لم يتعلقا بالمال كما صرح به في لك والروضة وصرح فيهما بانه لو حلف
او نذر ان يتصدق بمال لم ينعقد نذره لانه تصرف مالي هذا مع تعينه اما لو كان مط
فلا يبعد ان يراعى انفاذه الرشد وصرح في التذكرة بانه لو حنث المحجور عليه قبل تكفيره بالصوم
في اليمين وحلف النذر والظهار والافطار وغير ذلك لزمه العتق ان قدر عليه لانه الآن
متمكن الرابع لو وجب للسفيه القصاص جاز له ان يعفو بغير شيء ولو وجب له دية
لم يجز له العفو وقد صرح بجميع ذلك في الشرايع والارشاد والقواعد واللمعة والروضة
ولك ومجمع الفائدة اما جواز عفوه عن القصاص فلما صرح به في مجمع الفائدة من عموم
دليله وحسنه من غير اختصاص مع عدم استلزام الحجر المنع منه لان القصاص ليس بمال
فلا يكون العفو عنه تصرفا ماليا حتى يمنع منه واما عدم جواز العفو عن الدية فلما
صرح به في الروضة ومجمع الفائدة من انه تصرف مالي فلا يجوز وصرح في لك بانه لو طلب في
العمد القصاص فله ذلك لانه موضع التشفي والانتقام وهو صالح له واذا جاز له العفو
عنه مطلقا على مال كان اولى فحينئذ يثبت مصلحة لا يسلم اليه بل الى الولي وهو جيد وهل لوليه
استيفاء القصاص المستحق له او العفو عنه او لا حكي في التذكرة عن بعض علمائنا المنع من
الامرين معللا الاول بانه ربما يرغب في العفو والثاني بانه ربما يختار الاستيفاء تشفيا
ثم اختار خلاف ذلك قائلا الوجه عندي ان له الاستيفاء مع المصلحة لان الولاية
عامة فيهما فرض له مصلحة كان للولي السعي في تحصيلها وان عفى مطلقا فالاقرب
اختيار المصلحة ايضا فان كانت المصلحة في العفو مجانا اعتمد كما ان له
الصلح ببعض ماله مع المصلحة وهو جيد

بسم الله الرحمن الرحيم وبه ثقتي

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلم على خير خلقه محمد وآله الطاهرين **كتاب**
ما هل الضمان • **مقدمة** عرف في الشرايع والنافع الضمان بانه عقد شرعي للتعهد
بمال او نفس ويستفاد من هذا التعريف امور الاول ان الضمان من الالفاظ المنقولة عن
اللغة وذلك لان المعنى اللغوي مخالف لما ذكر على ما يظهر من لك فانه صرح بان الضمان
عندنا ما كان في ذمة من المال في ذمة اخرى او لان ذمة يتضمن الحق فالنون فيه اصلية بناء
على انه ينقل المال من الذمة الى الذمة وعند اكثر العامة انه غير ناقل وانما يفيد اشتراك
الذمتين فاشتقاقه من الضم والنون فيه زائدة لانه ضم ذمة الى ذمة فيتخير المضمون له في المطالبة
واشار الى ما ذكره في التحرير هنا وصرح في التنقيح بانه قال الجوهري ضمنت الشيء ضمانا
كفلت فانا ضامن وضمين وضمنته الشيء تضمينا فتضمنه عني مثل غرمته وشرعا يقال على
معنيين اه ثم الثاني ان اطلاق الضمان على الكفالة والحوالة وضمان المال بطريق الحقيقة
كاطلاق الانسان على زيد وعمرو وبكر لان المراد بالتعهد بالنفس الكفالة وبالتعهد بالمال
الحوالة وضمان كما نبه عليه جماعة ويظهر ذلك ايضا من القواعد والتحرير فان الاول
صرح بان الضمان هو عقد شرعي للتعهد بنفس او مال ممن عليه او لا والثاني صرح بانه التعهد
بالمال او النفس ولكن يظهر من اللمعة ان الضمان حقيقة في ضمان المال الذي هو غير الكفالة
والحوالة لانها صرحت بان الضمان هو التعهد بالمال من البريء وصرح في شرحها بانه بقيد المال
خرجت الكفالة فانها تعهد بالنفس وبالبريء الحوالة بناء على اشتراطها بشغل ذمة المحال
عليه للمحيل بما احاله به للقول الاول وجوه منها ان لفظ الضمان يستعمل في تلك المعاني
الثلثة كما يظهر من كثير من الكتب والاصل ان يكون حقيقة في القدر المشترك بينها دفعا
للاشتراك والمجاز ومنها ان الضمان يصح تقسيمه الى الاقسام الثلثة الكفالة والحوالة و
ضمان المال والاصل في المقسم ان يكون حقيقة في اقسامه وموضوعا للقدر المشترك

مشتق من الضمن لانه يجعل م

بينها

بينها ومنها انه يصح ان يقيد الضمان بقيود ثلثة والاصل فيما يقيد بالقيود المختلفة ان
يكون موضوعا للقدر المشترك بينها دفعا للتكرار والتناقض ومنها انه لا يصح
سلب الضمان عن الاقسام الثلثة وعدم صحة السلب من دلايل الحقيقة ومنها انه يصح
الاستفهام عند اطلاق لفظ الضمان عن كل من الاقسام الثلثة والاصل فيه الاشتراك
المعنوي لان اللفظي على خلاف الاصل ومنها تصريح مجمع الفائدة بان الضمان لفظ مشترك
عند الفقهاء بين المعنى الاعم من الضمان بالمعنى الاخص والحوالة والكفالة وبين الاول منها والاعم
هو التعهد على وجه خاص نفسا كان او مالا فان كان في ذمته شيء فهو الحوالة والا فالضمان
بالمعنى الاخص على المشهور ويعضده ما ذكره تصريح التنقيح وجامع المقاصد ولك وضه والرياض
بان للضمان معنيين احدهما اعم والاخر اخص وهذه العبارات وان كانت ظاهرة في الاشتراك
اللفظي لكن ينبغي حملها على الاشتراك المعنوي لما ذكرناه اولا في الغاية وظهور عدم القائل به
ثم ومنها ان الوضع للمعنى الاعم اولى لكونه اقرب الى المعنى اللغوي والاصل فيما هو اقرب الى
المعنى اللغوي ان يكون هو المنقول اليه وعلى هذا ينبغي ان لا يكون موضوعا للمعنى الاخص وضع
لان المجاز خير من الاشتراك وللقول الثاني وجوه ايضا منها ان المتبادر من اطلاق لفظ الضمان
المجرد عن القراين ضمان المال الذي هو المعنى الاخص كما صرح به في مجمع الفائدة قائلا بعد ما حكينا
عنه سابقا الا ان الضمان اذا اطلق بغير قيد يتبادر منه المعنى الاخص لكثرة تداول هذا المعنى
ويعضده اولا تصريح الشرايع وعد بان ضمان المال هو المسمى بالضمان المطلق وثانيا تصريح لك بان
المعنى المتبادر من الضمان شرعا عند اطلاق لفظه من غير قيد هو الضمان ممن ليس عليه مال للمضمون
وهو المعنى الاخص واما الاخران وهو الحوالة والكفالة فانما يفهم منهما معنى الضمان مع انضمام لفظ
اخر اليه وهو ضمان النفس وضمان مشغول الذمة للمضمون ونحو ذلك وثالثا تصريح الرياض
بان ضمان المال هو المراد حيث يطلق بلا قيد بخلاف القسمين فلا يطلق عليهما الا باحد القيدين
ومنها ان اطلاق الضمان على الحوالة والكفالة يتوقف على انضمام لفظ اخر اليه ولا يحتاج اليه ومنه كا

كما صرح به في ذلك والرياض وصرح به في جامع المقاصد فان الاصح ضمان المال عمن ليس عليه مثله ضمان
مطلقا اي غير محتاج الى تقييد بكونه ضمان المال من ليس عليه مثله فيكون الضمان واقعا على
معنيين وهذا بخلاف الكفالة فانها لا تطلق على ضمان المال الا بقيد فيقال كفالة بالمال وفي
حواشي الشهيد ان الكفالة والحوالة لا يطلق عليهما الضمان الا مضافا فيقال في الكفالة ضمان النفس
وفي الحوالة ضمان من عليه مثله ومن الظاهر ان ذلك من علامة المجاز لا يقال ما ذكر مدفوع بما
نبه عليه في ذلك قائلا بعد الاشارة الى الوجه المذكور ولكن يبقى فيه اشكال وهو ان ذلك تقتضي
كون اطلاق الضمان ليس على نحو الحقيقة لان من علاماتها صحة الاطلاق من غير قيد كما ان توقف
فهم المعنى المراد من اللفظ على قيد ينضم اليه دليل المجاز فكيف يجمع كونهما من افراد الكلي بطريق الحقيقة
وافتقارهما مع ذلك في صحة الاطلاق الى التقييد وجوابه ان التقسيم لهما بحيث صارا فردين
له بطريق الحقيقة هو مطلق الضمان وذلك لا ينافي كونهما مجازين بالنظر الى الضمان الذي هو قسيمهما
والحاصل فرق بين الشيء المطلق ومطلق الشيء ومثل هذا البحث ما في انهم قسموا مطلق
الماء الى المطلق والمضاف مع ان اطلاق الماء على المضاف بطريق المجاز لافتقاره الى القيد لا
انه فرد حقيقة من مطلق الماء ومنشأ الاختلاف اختلاف الوجهين لكن لما اشتهر المعنى المطلق
وخفي مطلق المعنى لوحظت الحقيقة والمجاز باعتبار المشتهر خاصة لانا نقول ما ذكره ضعيف
جدا لا يصلح للدفع كما اشار اليه في مجمع الفائدة ومنها ان الضمان لو كان حقيقة في الاعم من
ضمان المال والحوالة والكفالة لما صح الايجاب في ضمان المال بلفظ ضمنت ثم الثالث ان
الضمان هو العقد لا نفس التعهد كما صرح به في القواعد ولكن صرح في التحرير بانه نفس التعهد وقد
صار اليه في ذلك مصرحا بان اطلاقه على العقد مجاز اقامة للسبب مقام المسبب وصار اليه
في جامع المقاصد ايضا قائلا ان الضمان هو التعهد لا نفس الايجاب والقبول وانما الضمان اثرهما
ويدل على هذا ان الضمان قد يكون صحيحا وقد يكون فاسدا ونقل الملك لا يكون الا صحيحا و
كذا التعهد فلا يترتب عليها اثره الرابع ان الضمان من العقود المتوقفة على الايجاب والقبول

لا من

التنقيح
لا من الايقاع الذي يكفي فيه مجرد الايجاب وقد صرح بتوقفه عليه وعلى القبول في المراسم
وغيره وقد صرح في عد والتذكرة بانه عقد في ضمان المال **القول** وضمان المال
لا ريب ولا اشكال في صحة هذا القسم من الضمان وكونه صحيحا كما في المقنعة والنهاية والغنية
والوسيلة والشرايع والنافع والتبصرة والارشاد والتحرير والتذكرة وعد والجامع واللمعة
والتنقيح وجامع المقاصد ولك وضه والكفاية ومجمع الفائدة والرياض ولهم وجوه
منها ظهور الاتفاق عليه ومنها تصريح التحرير بدعوى الاجماع عليه وبعض تصريح الرياض
بان الضمان ثابت وبانه مما لا خلاف فيه بين العلماء كافة بل الاجماع من المسلمين كافة كما
في المهذب وغيره ومنها ما تمسك به في الرياض من قوله تعالى اوفوا بالعقود ومنها
ما تمسك به في مجمع الفائدة من عموم قوله ص المسلمون عند شروطهم ومنها ما ذكره في
الرياض قائلا واما السنة من طريق الخاصة والعامة فمستفيضة ومن الثابت النبوية المشهورة
في قضية ضمان علي عليه السلام عن الميت وكذا ابي قتادة وفيها اقبل علي على فقال
جزاك الله عن الاسلام خيرا وفك رهانك كما فككت رهان اخيك وفي اخر نبوية
العارية مؤداة والمنحة مردودة والدين مقضي والزعيم غارم واذا صح الضمان لزم
الضامن اداء ما ضمن فكان للمضمون له مطالبته كما صرح به في التحرير مدعيا نفي الخلاف فيه
منهل ذكروا ان ايجاب هذا الضمان يقع بالفاظ منها لفظ ضمنت وقد صرح به
في القواعد والتحرير واللمعة والتنقيح وضه وهو حسن على القول بكون لفظ الضمان
حقيقة في ضمان المال لا غير واما على تقدير كونه موضوعا للقدر المشترك بين المعاني
الثلاثة المتقدمة فلا يجوز الاتيان به الا مع قرينة تدل على المراد ومنها لفظ تكفلت
وقد صرح به في الكتب المتقدمة عدا التنقيح وهو حسن ان اقترن بقرينة تفيد المراد ومنها
لفظ تحملت وقد صرح به في عد والتحرير ومنها لفظ تعهدت والتزمت وقد صرح بهما
في التنقيح ومنها تقبلت وشبهه وقد صرح بهما في اللمعة وضه والاقرب عندي

اجرا كل لفظ يدل على ارادة الضمان كما صرح به في التحرير وعد وجمع الفائدة للعومات وقد
اشار اليها في مجمع الفائدة وهل يشترط ان يكون الدلالة لغة بالوضع او لا بل يكفي الدلالة
بالقرينة ولو كانت حالية الاقرب الاخير للعمومات فعلى هذا يجري لفظا ادى واحضر
مع الدلالة ولكن منع منهما في عد والتحرير ولعله اراد صورة عدم القرينة وهل يشترط
في الدلالة ولو بالقرينة الصراحة او يكفي الظهور بما يظهر من المعد الاول وبه صرح في الروضة
وفيه اشكال بل الاحتمال الثاني حيث يكون الظهور معتبرا عند اهل اللسان في غاية
القوة ولكن الاول احوط وقد صرح في المعد بعدم صراحة ما لك عندي او علي او ما عليه
علي وعلله في ضه بجواز ارادته ان للغريم تحت يده مالا او انه قادر على تخليصه او ان عليه
السعي والمساعدة ونحو ثم حكى عن بعض القول بان لفظ علي وفي ذمتي يفيدان الضمان
لاقتضائهما الالتزام واستوجهه ثم صرح بان قوله ضامن على كاف مطلقا بانتفاء الاحتمال
مع تصريحه بالمال وهل يشترط العربية مع امكانها او لا صرح بالاول في التنقيح والروضة
وفيه نظر بل الاقرب الثاني وان كان الاحوط هو الاول وهل يتحقق الايجاب بالكتابة
المفيدة للضمان ولو بالقرينة المنضمة اليها اختيارا فلا يشترط النطق صرح بالاول في عد
وكذا صرح به في جامع المقاصد محتجا بان النطق يعتبر في العقود اللازمة بالاجماع وهو
ممنوع لما بيناه من صحة المعاطاة في البيع وكونها ناقلة للملك والاقرب عندي هو الاحتمال
الثاني وفاقا للشرايع والتحرير ومجمع الفائدة للعمومات المتقدم اليها الاشارة كما صرح به في ضه
ولكن الاحوط هو الاول وعليه لو تعذر النطق كما في الاخرس ونحوه كفت الكتابة كما صرح به في
عد وجامع المقاصد ولك وصرح بان الكتابة انما تجزي مع الاشارة الدالة على الرضا
وعلله في الثاني والثالث بامكان العبث بدونها وصرح في الاخير بان الظاهر الاكتفاء بالاشارة
وان قدر على الكتابة محتجا بان المعتبر تبين رضاه بالقرائن والكتابة منها وهل يكفي مطلق الفعل
الدال على ارادة الضمان على المختار او لا فيه اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط ولكن الاحتمال

في غاية القوة للعمومات وهل يشترط في الدلالة العلم بالمراد او يكفي الظن فيه اشكال ولكن الاقرب
الاول واما في دلالة الكتابة فالاحتمال الاكتفاء بالظن المتعارف في غاية القوة وان كان الاحوط
تركه وهل يشترط قبول المضمون له او لا بل يكفي مجرد الايجاب صرح بالاول في المراسم والتنقيح
وكذا صرح به في ضه محتجا بان الضمان من العقود اللازمة الناقلة للمال من ذمة المضمون عنه الى ذمة
الضامن وسياتي تحقيق الكلام في هذه المسئلة ان شاء الله تعالى وصرح في التنقيح بان الفاظ القبول
قبلت ورضيت وشبهه وبانه يجب المطابقة بينه وبين الايجاب وقد صرح بهذا في ضه ايضا

منهل يشترط في الضامن امور الاول ان يكون عاقلا فلا يصح ضمان المجنون كما في النافع
والشرايع والتحرير ولف والارشاد وكره ولك وجامع المقاصد ومجمع الفائدة والكفاية والرياض
وغيرهم ويدل عليه وجوه منها الاصل ومنها انه مجمع عليه بينهم كما صرح به في لك وقد صرح بنفي الخلاف فيه
في الرياض واستظهر الاجماع عليه في مجمع الفائدة ومنها ما تمسك به في التذكرة من النبوي المشهور
رفع القلم عن ثلثة عن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى ينتبه ومنها
ما تمسك به في كره من انه غير مكلف فلم يكن لكلامه اعتبار الثاني ان لا يكون محجورا عليه وقت الضمان
فلو كان حين الضمان محجورا عليه لم يصح ضمانه كما في التحرير ولف وكره والمحكي عن الطبرسي وغيره
من النافع والشرايع والكفاية لتصريحها بانه يشترط في الضامن ان يكون مكلفا وكذا يستفاد من الارشاد
وغيره بل الظاهر انه مجمع عليه الثالث ان يكون قاصدا للضمان وشاعرا به فلا يصح الضمان من الغافل
كما صرح به في التذكرة ومجمع الفائدة ولا من الساهي كما صرح به فيهما ولا من الهازل كما صرح به في التذكرة
محتجا عليه وعلى عدم صحته من الغافل والساهي بسقوط التكليف عنهم وبعدم الوثوق بعباراتهم
والنجح في مجمع الفائدة على عدم صحة الضمان من الاخيرين بظهور الاجماع عليه وبحديث رفع القلم وقد
صرح في التحرير والتذكرة بعدم صحة الضمان من المبرسم وقد صرح في الاخير بالذي يهذي بمخالفة
كلامه ثم صرح بعدم الضمان من النائم محتجا بانه لا عبرة بعبارته الصادرة عنه كغيره من العقود ثم صرح
بانه لو ضمن السكران لم يصح عندنا لعدم الوثوق بعبارته وجميع ما ذكره جيد والظاهر ان عدم صحة

الضمان من الغافل والساهي والنائم والهازل والسكران ونحوهم مما لا خلاف فيه حيث يصدر الضمان
منهم حين الاوصاف المذكورة الرابع ان يكون مختارا كما صرح به في الغنية والتحرير فلو اكره على
الضمان لم يصح ضمانه وقد صرح بدعوى الاجماع عليه قائلا يشترط في الضامن الاختيار فلو ضمن مكرها
لم يصح اجماعا الخامس ان يكون بالغا فلا يصح ضمان الصبي كما صرح به في الشرايع وعد وكره ولف
والتحرير والارشاد ولك ومجمع الفائدة والكفاية وحكي عن الطبرسي ولهم وجوه منها
ظهور الاتفاق عليه ومنها تصريح لك بدعوى الاجماع عليه ويعضده تصريح الرياض بنفي الخلاف
فيه ومنها الاصل ومنها ما تمسك به في التذكرة والرياض من حديث رفع القلم ومنها
ما تمسك به في كره من انه غير مكلف فلم يكن لكلامه اعتبار ولا فرق في الصبي بين المميز وغيره
كما صرح به في كره والتحرير وجامع المقاصد وهو مقتضى اطلاق النافع ويع والارشاد ولف
وعد ولك والكفاية والرياض ولهم اولا الاصل وثانيا اطلاق دعوى الاجماع في لك على عدم صحة
ضمان الصبي ويعضده ظهور عدم الخلاف في ذلك وثالثا اطلاق حديث رفع القلم ورابعا اطلاق
ادلة الحجر عليه لا يقال يجوز بيع المميز فيجوز ضمانه لانا نقول المقدمة الاولى ممنوعة كما بيناه في البيع
سلمناها ولكن يمنع التاثير كما نبه عليه في جامع المقاصد قائلا لا فرق بين المميز وغيره وان جوزنا
بيعه بالاذن لان الضمان التزام مال لا فائدة له فيه وانما يؤثر اذن الولي فيما يتضمن مصلحة الصبي
وانا نالى ما ذكره في التذكرة ايضا ولكنه صرح بانه لو قلنا بالرواية الدالة على جواز تصرفه في المعروف
اذا بلغ عشرا وكان مميزا احتمل جواز الضمان اذا كان في معروف وفيما ذكره نظر واضح وكذا لا فرق
في ذلك بين ان ياذن الولي بضمانه اولا كما صرح به في التذكرة وصرح بانه في جامع المقاصد مختصا بان
عبارته مسلوبة الاعتبار فلا يؤثر فيها اذن الولي وفيه نظر نعم يدل عليه الوجوه المتقدمة السادس
ان لا يكون محجورا عليه بالسفه فلا يصح ضمان السفيه المحجور عليه كما صرح به في التذكرة والتحرير وعد
وجامع المقاصد ومجمع الفائدة والرياض ويستفاد من كره ايضا لانها المحل خلافا هنا الا من بعض
العامة قائلا لا يصح من السفيه بلا خلاف نجده ومنها ما تمسك به في جامع المقاصد قائلا لانه اما

كان

كان بعد الحجر كالمملوك لانه ممنوع من التصرفات المالية فيمكن القول بالبطلان للغاية والصغر
ويتبع به بعد فك الحجر والاصح لان الحجر مانع من اثبات مال في ذمته ومن ثم لم يصح بيعه
على ان يؤدي الثمن بعد الفك واذا اذن له الولي فهل يصح ضمانه ام لا الاصح بالاول في
جامع المقاصد يظهر من اطلاق جملة من الكتب المتقدمة الثاني وهو احوط ولكن الاول
في غاية القوة وهل يصح ضمانه قبل الحجر الاصح بالاول في عد وربما يستفاد من كره
وجامع المقاصد وهو جيد بناء على المختار من عدم تعلق الحجر به بدون حجر الحاكم عليه كما صرح
به في الاخير ويستفاد من اطلاق التحرير ومجمع الفائدة والرياض الثاني وهو احوط ولكن
الاول اقوى وهل المحجور عليه بالفلس يصح ضمانه مع رضا المضمون له اولا كالسفيه
بعد الحجر عليه صرح في التحرير وعد بالاول وبانه يتبع به بعد فك الحجر وبانه لا يشارك
المضمون له سائر الغرماء وصرح بذلك في التذكرة ايضا محتجا بانه من اهل التصرف والحجر
عليه في ماله لا في ذمته فاشبه الراهن اذا تصرف في عين الرهن كما لو اقترض او اشترى
في ذمته فاشبه الراهن اذا تصرف في عين الرهن وكما لو اقترض واشترى وجميع ما ذكره جيد
وينبغي التنبيه على امور الاول لا يشترط في الضامن الاسلام ولا الذكورة فيصح الضمان من
الكافر والمخالف والفاسق والمراة وبالجملة كل جائز التصرف يصح ضمانه سواء كان رجلا او
امراة كما صرح به في التحرير وكره ولك الا انه مما لا خلاف فيه وقد صرح في كره بدعوى الاتفاق
على صحة ضمان المراة قائلا يصح ضمان المراة ولا نعلم فيه خلافا كضمان الرجل ثم احتج على ذلك
اولا بان الضمان عقد يقصد به المال فصح من المراة كالبيع وثانيا بانها حرة عاقلة مالكة لامرها
نافذة التصرف في مالها فيصح لاستدانتها وغيرها من التصرفات فيصح منها الضمان كالرجل
ولا فرق في صحة ضمانها بين ان تكون خالية من بعل او تكون ذات بعل ولا يحتاج الى اذن
الزوج وقد صرح بجميع ذلك في التذكرة مدعيا انه قول اكثر اهل العلم من العامة والخاصة
الا مالك فانه قال بالتوقف على اذن الزوج الثاني يصح الضمان من المريض اذا كان نعم علمه

ثابتا ورشده باقيا كما صرح به في التحرير والتذكرة وعد وجامع المقاصد بلا اشكال انه تمام الاهلية في
كما نبه عليه في التذكرة قائلا المريض يصح ضمانه ولا نعلم فيه خلافا ويعضد ما ذكره تصريح
جامع المقاصد بانه لا اشكال في صحة ضمان المريض ولا فرق في صحة ضمانه بين ان يكون
في مرض الموت ولا كما صرح به وهل يتحقق الايجاب بالكتابة المفيدة للضمان ولو بالقرينة
المنضمة اليها اختيارا ام لا يشترط النطق اولا بل يشترط النطق صرح بالاول في التذكرة
والتحرير وجامع المقاصد فان عوفي من مرضه صح ضمانه مطلقا كما صرح به في هذه الكتب
وان توفي فيه كان متبرعا بالضمان بعد من الثلث عند كل من اثبت تبرعاته من الثلث
كما نص عليه في التذكرة والرياض واشار اليه في جامع المقاصد ومن جعل منجزاته من الاصل
امضاه هنا من الاصل هنا كما نص عليه في كره واشار اليه في جامع المقاصد فان لم يتبرع بالضمان
بل ضمن بسؤال المضمون عنه فصح في كره بان حكمه حكم ما لو باع نسيئة وهو انه ان علم بعدم
الرجوع لفقر المديون بحيث يعلم عدم وصول ماله اليه كان ماضيا من الثلث كما لو تبرع والا
مضى من الاصل الثالث اذا صدر الضمان من الصبي والمجنون والغافل والساهي والنائم
والسكران والسفيه المحجور عليه والمكره ثم ارتفعت الاوصاف المذكورة المانعة من صحة
الضمان فهل يصح بالاجازة والامضاء منهم عند اجتماع شرائط الصحة اولا المعتمد هو
الثاني كما هو المستفاد من عبارات الاصحاب ويدل عليه الاصل الرابع لو اختلف
الضامن والمضمون له في وقوع الضمان من الضامن حال الصبي وحال الكمال والبلوغ فادعى
الضامن انه وقع منه حال كونه صبيا وادعى المضمون له انه وقع منه حال كونه بالغا فان عينا
للضمان وقتا كان البلوغ غير محتمل فيه قدم قول الضامن كما صرح به في التذكرة محتجا بانهما انما
تثبت في المحتمل وان كان الصغر غير محتمل قدم قول المضمون له من غير يمين كما صرح به
في التذكرة محتجا بحصول العلم بعدم البلوغ وصرح بانه لا يمين هنا محتجا بانها انما تثبت
في المحتمل محتجا بانها انما تثبت في المحتمل وان كان الصغر غير محتمل قدم قول المضمون

له

له من غير يمين كما صرح به في التذكرة ايضا محتجا بالعلم بصدقه وان احتمل الامران ولم
يعينا وقتا فصح في كره وعد وجامع المقاصد بان القول قول الضامن واحتجا
عليه في الكتب المذكورة اولا بان الاصل براءة الذمة فيستصحب وثانيا بان الاصل
عدم البلوغ ثم صرحا فيهما بانه ليس لمدعي اهلية الضمان حين وقوعه وهو المضمون له
اصل يستند اليه ولا ظاهر يرجع اليه يكون معارضا للاصلين السابقين بخلاف ما
لو ادعى شرطا فاسدا لان الظاهر انهما لا يتصرفان باطلا حيث كان المتعاقدان كاملين
وزاد في الاخير ايضا قائلا فان قيل له اصالة الصحة في العقود وظاهر حال العاقد
الاخبار انه لا يتصرف باطلا قلنا الاصل في العقود الصحة بعد استكمال اركانها ليتحقق
وجود العقد اما قبله فلا وجود للعقد وكذا الظاهر انما يثبت مع الاستكمال المذكور
لا مطلقا واعترف شيخنا الشهيد في حواشيه بوجود اصالة الصحة في العقود لكن يعارضه
اصالة الصبي فيتساقطان ويبقى اصالة البراءة سليما عن المعارض فكانه لا اصل له
وبان العقد من بالغ صبي خلاف الظاهر وما ذكرناه اثبت وقد نبا قوله فيما ذكره في
جامع المقاصد ثانيا بان الاصلين المذكورين معارضان باصالة تاخر الحادث حيث
يعلم زمان البلوغ ويحتمل تاخر الضمان عنه لا يخفى ومن الظاهر انما يقدم على ثبات
الاصلين نعم هما سليمين عن المعارض حيث لم يعلم وقت كل منهما وهنا يجب ينبغي
اصالة تاخر الحادث الحكم بتقارنهما ومعها يجب الحكم بفساد العقد لان شرط صحته
سبق البلوغ فلا يكفي المقارنة وكذلك هما سليمين عن المعارض اذا علم وقت الضمان
واحتمل تاخر البلوغ عنه فاذن ينبغي التفصيل في المسئلة الا ان يدعى بانه لا قائل به و
لكن قد نبا المحقق عدم وجدان القائل لا يصح فيه لاشكال ان يعلم ويظن بانه مخالف
للاجماع البسيط والمركب وهما منتفيان فاذن التفصيل بين الصورة بالحكم بتقديم
قول الضامن في صورة معلومية زمان الضمان دون زمان البلوغ وعدم معلومية

نعم ان كلمهما وبتقديم قول المضمون له في صورة معلومية زمان البلوغ دون الضمان في غاية القوة
الا ان يقال عموم قوله البينة على المدعي واليمين على من انكر يقتضي تقديم قول الضامن مط
وهو الاقرب وثانيا بان صدق العقد حقيقة لا يتوقف على استكمال اركانه اذا العقد الصادر
من غير البالغ لا اشكال في كونه عقدا حقيقة وان كان فاسدا ثم قد يقال الحكم بصحة العقد المحتمل
لكونه من العقود الثابت فسادها شرعا ولكونه من العقود الثابت صحتها شرعا على
خلاف الاصل وان ثبت اصالة حمل فعل المسلم على الصحة في الجملة ولكن لا دليل عليها بحيث
يشمل محل البحث فينبغي فيه الرجوع الى غيرها فتم ثم انه على تقدير تقديم قول الضامن في
جميع الصور او في بعضها فهل تقدم مع يمينه او لا اصح بالاول في التذكرة وهو الاقرب وان لم
يشر اليه ما عداها ويلحق بالضمان جميع العقود اللازمة والجائزة اذا صارت محل النزاع على
النحو المذكور الخامس لو ادعى الضامن انه ضمن بعد البلوغ وقبل الرشد وادعى المضمون له
انه ضمن بعد الرشد فصرح في التذكرة بان القول قول الضامن هنا ايضا وفيه نظر بل الاحتمال
كون القول قول المضمون له في غاية القوة السادس اذا ادعى الضامن الجنون حالة الضمان
ولم يعهد منه جنون سابقا فالحكي في لف عن الشيخ فقط انه اختار ان القول قوله محتجا بان الاصل
براءة الذمة وخالفه في التذكرة ولف فصرح فيهما بانه لا يسمع دعواه وان القول قول المضمون
له واحتج عليه في الاخير باصالة عدم الجنون واصالة صحة الضمان وبعارض احدهما باصالة
البراءة ويبقى الاخر سليما عن المعارض وقد ناقش فيما ذكره بالمنع من اصالة صحة هذا الضمان
لعدم دليل عليها فيعارض اصالة عدم الجنون اصالة البراءة الا ان يحتج للاول بان الجنون خلاف
الظاهر وقد يعارض بان الضمان المعترض خلاف الظاهر فاذن قول الشيخ في غاية القوة وعلى
القول الثاني فللضامن احلاف المضمون له اذا ادعى علمه بالجنون على ما صرح به في كره و
اذا عرف له حال الجنون فيظهر من التحرير وعد ان القول قول الضامن وفيه نظر بل ينبغي
مراعات التفصيل الثاني واصالة تأخر الحادث كما اشار اليه في جامع المقاصد قائلا ما

سبق

سبق من الاختلاف في وقوع الضمان حالة الصبي والبلوغ آت فيمن عرف له حالة جنون
لعين ما ذكر لكن لو حصل الاختلاف في وقوع العقد من يوم الجمعة فكان فيه كاملا وفي
يوم الخميس قبله وكان باتفاقهما صبيا او مجنونا فهل هو كما سبق ام يحتمل هنا التمسك
باصالة عدم التقدم كل ممكن وقد يجاب عن اصالة تأخر الحادث بالعموم المتقدم اليه الاشارة
فاذن ما ذكره في عد وفي غاية القوة السابع صرح في كره بان من يعتاد شرب الخمر اذا ادعى
انه حال الضمان كان سكرانا وادعى صاحبه انه كان حال الضمان صاحيا فالوجه تقديم قول
الضامن مع اليمين واما لو لم يعهد منه الشرب قدم قول المضمون له مع اليمين بانتفاء
سكره وفيما ذكره نظر بل احتمال تقديم قول الضامن في الصورتين في غاية القوة للعموم
المتقدم اليه الاشارة المعتضد بالاصول في جملة من الصور فتم الثامن هل يصح الضمان عن
الصبي والمجنون او لا حكى في لف عن الطبرسي وهو ضعيف بل المعتمد هو الاول وفاقا للمختلف
والرياض بل صرح في الاخير بانه لا اختلاف فيه الا من الطبرسي محتجا عليه اولا بالاصل والعمومات
وثانيا بما احتج به عليه في لف فجرى ما دل على صحة الضمان عن الميت التاسع يصح الضمان
عن الميت كما صرح به في الغنية وعد والتحرير ولف والرياض ولهم وجوه منها
ظهور الاتفاق عليه ومنها عموم قوله الزعيم غارم وقوله المؤمنون عند شروطهم وقوله
اوفوا بالعقود فتم ومنها الخبران المتضمنان لضمان امير المؤمنين ع وابي قتادة عن
ميت بحضرة النبي صلى الله عليه وآله وامضائه اياه ولا فرق في الميت بين المفلس وغيره
كما صرح به في عد والتحرير وصرح في الغنية بصحة الضمان عن الميت المفلس محتجا بانه لا مانع
منه وبان النبي اجاز الضمان مط في بعض الاخبار ولم يستفهم عن الميت الغا شر
صح في التحرير بانه يصح الضمان عن الحي المفلس وهو جيد منها يصح الضمان
من المملوك باذن سيده كما في الشرايع والتحرير والارشاد وعد ولف وكره والمعتمد
جامع المقاصد ولك وضه ومجمع الفائدة والكفاية والرياض ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق

عليه ومنها تصريح لف وكره بدعوى الاجماع على ذلك وبعضده اولا تصريح كره في موضع انه
لم يعلم فيه خلافا وفي آخر بانه اذا ضمن باذن سيده صح قولا واحدا فقد تكرر من كره
دعوى الاجماع على ذلك في مقامات ثلثه واصرحها قوله كما في لف ان ضمن باذن سيده
صح اجماعا وثانيا تصريح الرياض انه لا خلاف في ذلك ومنها عموم قوله الزعيم غارم
ومنها ما تمسك به في التذكره من ان الحجر لحق السيد فاذا اذن له فيه زال الحجر ومنها
ما اشار اليه في كره ايضا من انه يجوز له الاستدانه باذن سيده فكذلك الضمان وهل
يصح الضمان من المملوك بدون اذن سيده اولا اختلف الاصحاب في ذلك على قولين
الاول انه لا يصح وهو للشرايع والارشاد والتحرير واللمعه وجامع المقاصد والروضه والك
والكفايه والرياض والمحكي في لف عن الشيخ وابن الجنيد وربما يظهر من مجمع الفائده بل صرح فيه
بانه على تقدير عدم تملكه ظاهر قائلا ومعه يمكن الجواز ان لم يكن محجورا عليه وقد تقدم ان ظاهر
كلامهم انه محجور عليه فتم وصرح في الرياض ان هذا القول مختار الاكثر الثاني انه يصح وهو
للمختلف والتذكره للقول الاول وجوه منها الاصل ومنها ظهور عبارة يع في انه لا خلاف
في ذلك كما اشار اليه في لك قائلا في ضمان العبد بغير اذن سيده قولان احدهما وبه قطع
المص من غير نقل خلاف عدم الصحه ومنها ما ذكره من ان العبد لا يقدر على شيء كما
وصفه الله تعالى بقوله عز وجل عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وقد اشار اليه في الرياض بقوله
لا يصح من المملوك وفاقا للاكثر لعموم دليل الحجر ومنها قوله سبحانه عبدا مملوكا لا يقدر على
شيء وقد تمسك به في الكفايه ايضا واشار اليه في جامع المقاصد وفيه نظر اما اولا فلما ذكره في
لف قائلا منع الشيخ من ضمان العبد وكذا ابن الجنيد احتج الشيخ بقوله تعالى عبدا الاية والضمان شيء فوجب
الا يصح لانه تعالى انما نفى حكم الشيء لا نفس القدره عليه والجواب المراد بالشيء المال لقوله تعالى في مقابلته
ومن رزقناه منا رزقا حسنا واجاب عن هذا الايراد في الرياض فقال لا تخصيص للشيء بالمال فيخالف
للعموم المستفاد من ذكر النكره في سياق النفي وظهوره من السياق صحيحا بل ظاهرا غير معلوم سيما

مع استنادهم فيه الى الاية المنصرفه عن الاطلاق الذي ليس بمحل في كثير من الخصوص واما ثانيا فلما ذكره
في لك قائلا ويرد عليه ضمانه لما اتلفه او غصبه او جناه في ذمته بغير اذن المولى فلو توقف
شغل ذمته مطلقا على اذن المولى لم يلزمه هنا شيء وقد يجاب عنه اولا بما ذكره في لك قائلا الا ان يقال
ان ذلك لا يعد التزاما بل هو حكم شرعي مبني على القهر بسبب وقوعه بغير اختياره فتحققه ومن ثم لزم
ذلك الصبي والمجنون ايضا مع عدم صحه ضمانهما اجماعا وثانيا بان خروج بعض افراد العام منه لا يوجب
سقوط حجيته لما بيناه في الاصول من ان العام المخصص حجه في الباقي واما ثالثا فلان الاية الشريفه
لا يمكن حملها على ظاهرها للاتفاق على قدرته على جميع العبادات والمعاملات باذن السيد وعلى كثير من
الاول بدون اذنه فيلزم ارتكاب التاويل فيها وذلك وان امكن بالتخصيص الذي هو احسن وجوهه
الا انه هنا مرجوح لاستلزامه خروج اكثر افراد العام وقد صار جماعه من الاصوليين الى منع تخصيص
العام الى الاقل من النصف وهو وان كان محل اشكال الا ان هذا القسم من التخصيص لا شك في كونه
مرجوحا بالنسبه الى معظم انواع التاويلات من الاضمار والمجاز وغيرهما ان لم نقل بالنسبه الى جميعها
فاذن يلزم ارتكاب نوع اخر في الاية الشريفه ولم يتحدد نوع ولا اخر يكون اقرب الوجوه وبعد معه
الاستدلال على المنع بكون الاية الشريفه هنا مجمله ومن البين ان المجمل لا يصح معه الاستدلال
واما رابعا فلان الاية الشريفه على تقدير دلالتها على المنع معارضه بما اشار اليه كما يظهر من جماعه
من محققي الاصحاب معارضه بعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وقولهم المؤمنون عند شروطهم
وقولهم الزعيم غارم والتعارض بين المتعارضين من قبيل تعارض العمومين من وجه ومن الظاهر
ان تخصيص عموم الاية الشريفه لما تعرض تصرفات العبد اولى من تخصيص تلك العمومات لكثرتها ووحدة
معارضها الا ان يرجح باعتضاده بالشهره المحققه والمحكيه وهي من اعظم المرجحات واقواها فتامل
ومنها ما ذكره في القواعد وجامع المقاصد والك من ان الضمان يستلزم اثبات مال في الذمه
فيمتنع من المملوك بدون اذن مالكه لان ذمته مملوكه للمولى فلا يملك اثبات شيء فيها الا باذنه
وفيه نظر اما اولا فلانه انما يتم على القول بان العبد لا يملك شيئا واما على القول بتملكه مطلقا

او في الجملة فلا على انه قد يمنع من تماميته على القول الاول للمنع من استلزام الضمان اثبات مال
في الذمة في جميع الاحوال مطلقا ولو كان الضامن مملوكا سلمنا ان الاصل يقتضي ذلك
لكن يجب الخروج عنه بالعمومات الدالة على صحة ضمان العبد سلمنا انه لا يمكن الخروج عنه
لكن اثبات المال في الذمة لا يتوقف على كونه مالكا حين الثبوت فلا يكون ممتنعا بالنسبة
الى العبد ولعله للناصح في المسالك مجيبا عن الوجه المذكور بانه يرد عليه منع كون مطلق اثبات المال
في ذمته ممتنعا مطلقا وهل هو الا محل النزاع ومنها ما اشير اليه في الكتاب المذكور من ان النكاح
ممنوع من العبد لانه يتضمن اثبات مال في الذمة وهذه العلة قائمة في الضمان واجاب عنه
في جامع المقاصد بمنع ذلك اولا بانه قياس وهو باطل وثانيا بالمنع من كون المانع في النكاح استلزامه
اثبات المال في الذمة ومن ثم امتنع وان تعرى العقد عن المهر بل عن بذله اجنبي ونادر لاخيرها لان وانما
المانع الحجر واستلزام صحته وترتب اثره قدرة العبد به المشعر لولا الاجماع عليه ومنها المعهود عنه في
مجمع الفائدة المتقدم اليها الاشارة في دعوى الاجماع على كون العبد محجورا عليه من الظاهر عدم
صحة الضمان مع الحجر وفيه نظر وللقول الثاني وجوه اتم منها ما اشار اليه في الرياض من الاصل
والعموم وفيه نظر كما اشار اليه قائلا فيه نظر اذ لا اصل للاصل بعد قطع النظر عن العموم بل يقتضي
الفساد ولا العموم بعد فقد اللفظ الدال عليه في العرف واللغة والاطلاق لا ينصرف الا الى
الفرد المتبادر الغالب ليس منه محل الفرض وانما الاستناد بعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود فغير
مفيد بعد اختصاصه بحكم الوضع عندنا بالحاضرين ولحضار وجه التعدية الى من عداهم بالاجماع
المفقود في المفروض لصيرة الاكثر الى عدم الصحة انتهى وفيه نظر اما اولا فلان خطاب اوفوا ان
اختص بالحاضرين المخاطبين بيا ايها الذين امنوا ولكن منهم العبيد الذين آمنوا كعبيد النبي صلعم
وغيره ولم يقم دليل على اختصاص المخاطبين بالاحرار حتى يتوقف الحاق العبيد بهم هنا على
الاجماع واذا صح الضمان من العبيد المخاطبين باوفوا صح مطلقا بالاجماع المركب وهذا اجماع
لا يمكن انكاره قطعا الا ان يقال المخاطبون بيا ايها الذين امنوا غير معلوم فلعله الاحرار

اذ تجرد

اذ تجرد وجود العبيد في زمان صدور الخطاب لا يقتضي ان يكونوا مخاطبين وفيه نظر
لان الظاهر ان الخطاب المذكور يعم جميع المؤمنين الموجودين حين صدور ذلك الخطاب
ولا اشكال في ان منهم العبيد فتم واما ثانيا فلانا لعموم المقتضي لاصالة صحة الضمان
لا يختص بقوله تعالى اوفوا بالعقود بل يدل عليها ايضا قوله صلعم المؤمنون عند شروطهم كما لا يخفى
وقوله صلعم الزعيم غارم فدعوى عدم انصرافه الى محل البحث غير سديد نعم قد يناقش فيها
فتم ومنها ما تمسك به في المختلف وكرره وما اشار اليه في المسالك من ان الضمان كالدين فكما يجوز لا
استدانته بغير اذن السيد فكذا الضمان وايضا فترقا يكون صاحب الدين لو وجد عين ماله
كان له انتزاعها منه ولا يتصور ذلك في الضامن لتعلق حقه بالذمة وفيه نظر ومنها
ما تمسك به في التذكرة قائلا لانه مكلف له قول صحيح وانما منع من التصرف فيما يتعلق
لا ثمانه على ضرر سيده والضمان لا ضرر فيه على السيد لانه انما يطالب به بعد العتق فلا
يمنع ولهذا لو اقر بدين في ذمته لم يمض الا قراره وكان للمقر له ان يستعد بعد العتق ولو
اقر بجناية لم يقبل واشار الى ما ذكره في المسالك قائلا لكن التذكرة لا يقال في ذلك اضرار
بالسيد لان السيد يستحق ارث ماله بالولاء اذا اعتق وثبوت الضمان يمنع الارث
لانا نقول حكم الارث المذكور لا يمنع الضمان فان الارث متاخر عن الدين فيما قبل انه
دين يتقدم عليه ولهذا لا يمنع الادانة اقراره بمال مع ان الملك يمنع منهما فدل على ان الارث
ليس في حكم الملك مطلقا كما ان الحجر لا يمنع الضمان بحق وديته ويمنع ما هو ملكهم فطم هذا
يتبع به بعد العتق لان كسبه مملوك المولى ولا يملك التصرف فيما اعلاه وفيه نظر كما اشار
اليه في جامع المقاصد قائلا بعد الاشارة الى الوجه المذكور وضعفه ظاهر لان المانع
هو كونه لا يقدر على شيء بنص القران العزيز وان ذمته مملوكة للمولى فلا يملك اثبات
شيء فيها بدون اذنه وما ثبت فيها انما هو عوض اتلاف وجناية لا يقدح لان ذلك مبني
على القهر بالنسبة الى كل جان وليس في ذلك الالتزام وفيما ذكره نظر ايضا فلا انضاف

شرط

ان المسئلة محل اشكال ولكن القول الاول هو الاقرب وينبغي التنبيه على امور الاول هل
فاذن السيد في الضمان يقتضي تخصيصه به او لا بل يكون العموم والاطلاق والتخيير لا قرب الاخير
الثاني اذا ضمن باذن سيده واطلق له السيد الاذن في الضمان ولم يشترط عليه ان
يجعله في كسبه او في ذمته او في غير ذلك فهل يتبع المال الذي كسبه وذمته او في مال من
اموال سيده اختلف الاصحاب في ذلك على اقوال الاول انه يتبع المال الذي في ذمة العبد
لا في كسبه ولا في غيره وهو الشرائع والارشاد ولف والتحرير والقواعد والروضة ولهم وجوه
احدها ما ذكره في جامع المقاصد ولك وحاصله ان اطلاق الضمان اعم من كل من الذمة
والكسب والعام لا يدل على الخاص فلم يقع من المولى ما يدل على التزامه في ملكه وكسبه
ملكه وثانيها ما ذكره في لك قائلا بعد ذكر الوجه الاول ولان الاذن في الكلي ليس اذنا
في الجزئي المعين وان كان لا يوجد الا في ضمنه كما حقق في الاصول وثالثها ما ذكره في
لف قائلا هذا البحث يبتني على البحث عن استدانة العبد باذن مولاه فان قلنا انه
لازم للمولى فكذا هنا وان قلنا انه لازم لذمة العبد فكذا هنا وكان ابن الجنيد نظر الى ذلك
لان الضمان نوع من الاستدانة في الحقيقة والتحقيق ما ذهبنا اليه هناك وهو ان الضمان
يتعلق بذمة العبد يتبع به العبد بعد العتق لا الاذن في الاستدانة سواء اذن له في الضمان
او لا وسواء كان مأذونا في التجارة او لا ورابعها ان مقتضى عقد الضمان كون المال في ذمة
العبد فيجب الحمل به لعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود فتأمل وخامسها ان الاصل عدم التسلط
على اموال السيد من كسب العبد وغيره من سائر امواله لعموم قوله ص الناس مسلطون
على اموالهم وقوله ص لا ضرر ولا ضرار وقوله لا يحل مال امرئ مسلم الا من طيب نفسه وقوله تعالى
الا ان تكون تجارة عن تراض فتأمل واذا ثبت المال في ذمة العبد فيتبع به بعد العتق
كما صرح به في التذكرة ولك ومجمع الفائدة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه الثاني انه يثبت المال
في كسب العبد وهو المحكي في لف عن ط وله ما ذكره في جامع المقاصد ولك وتضمن

ان اطلاق

عين

ان اطلاق الضمان انما يحمل على الضمان الذي يستعقبه الاداء وثانيا المعهود والاداء من
مال السيد ممتنع وكذا من مال غير الكسب فلابد ان يكون الضمان يتعلق بالكسب الثالث
انه يثبت في مطلق مال المولى ط وهو المحكي عن الاسكافي وحاصله ما ذكره في لك قائلا
بعد الاشارة الى القولين المتقدمين ووجههما والبحث في ذلك قريب مما لو اذن له في
الاستدانة فينبغي ترتب قول ثالث وهو ان الضمان يتعلق بالمولى ولا يختص بكسب
العبد ولعله اقوى والمسئلة محل اشكال ولكن الاول في غاية القوة الثالث اذا اذن
السيد بضمان العبد وشرط عليه ان يجعل المال في كسبه كما اذا قال المقرض ما تكسبه
تعلق المال بالكسب كما صرح به في الشرائع والارشاد والتحرير وعد وكره وضه ومجمع
الفائدة والكفاية وحكاه في لف عن ط بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه ولهم مضافا الى ما
ذكر وجوه منها قوله تعالى اوفوا بالعقود ومنها قوله ص المؤمنون عند شروطهم
ومنها ما ذكره في لك من ان كسبه مال مخصوص من اموال السيد فيكون بمنزلة ما
لو ضمن في مال معينه ولا فرق في ذلك بين ان يكون العبد مأذونا في التجارة او لا كما صرح
به في ط وهو ظاهر اطلاق غيره وصرح فيه بانه يدفع من المال الذي في يده حيث يكون
مأذونا في التجارة معللا بانه من كسبه وفيه نظر وصرح في الروضة ولك بانه ان وفى الكسب
بالحق المضمون فقد تم للمضمون له حقه والا ضاع عليه ما قصر وهو جيد ولو اعتق العبد
قبل تجدد شيء من الكسب فهل يبقى التعلق به او يبطل الضمان احتمالان احدهما انه يبقى
التعلق به ويدل عليه اصالة بقاء العقد والتعلق والعمومات المتقدمة وبعض ما
ذكر وظهور عبارة لك في دعوى الاتفاق عليه وثانيهما انه يبطل الضمان ووجهه ما ذكره في لك
قائلا ولو اعتق العبد قبل تجدد شيء من الكسب فهل يبقى التعلق به ام يبطل الضمان لفوات
المحل المعين للاداء والمال الا انصراف الاطلاق الى الكسب الذي هو ملك المولى وقد فات
الظاهر من كلامهم الاول فان ذلك هو بعض الكسب فاذا اعتق صار كسبه وما في يده

سواء وقع ذلك لا يسمى في اصطلاح الشرع كسباً وان اطلق عليه لغة لكن يشكل على هذا
بما اشتهر في كسبه حال العبودية لان السيد لا حق له فيه فلا مدخل لاذنه فيه والعبد
لم يكن حين الضمان نفسه على شيء الا ان يقال بصحة ضمانه بغير اذن سيده كامر فهنا
احتمال ظاهر كلامهم هنا وفي الروضة التوقف وعندي ان الاحتمال الاول في غاية القوة
الرابع اذا اذن السيد في ضمان العبد بشرط ان يجعل المال في ذمته لا في مال المولى صح الضمان
وتعلق المال بذمة العبد فيتبع به بعد العتق كما يظهر من كلام الاكثر وتامل في ذلك في
جامع المقاصد قائلاً في صحته نظر لان ذمة العبد مملوكة للسيد فكيف يثبت فيها
مال باختيار العبد والسيد ولا يكون على السيد مع كونه لا يقدر على شيء ولا ينتقض
بعوض الاتلاف لانه قهري لا يقدر ترده وليس هو كما لو شرط الاداء من مال بعينه لان
ذلك من جملة اموال السيد ومال العبد بعد العتق ليس من جملة امواله الخامس اذا اذن
السيد في ضمان العبد وشرط الاداء مما في يده من اموال المولى صح الضمان ايضاً وتعلق
بمال المولى كما صرح به في التحرير وحكاه في التنقيح عن ط السادس اذا ادى العبد مال
الضمان فهل حق الرجوع له او لمولاه فصل في ذلك في التذكرة قائلاً فان ادى مال الضمان
حال الرق فحق الرجوع للسيد لانه ادى من مال السيد سواء كان من رقبة العبد او ما
في يده او كسبه فان اداه بعد عتقه فحق الرجوع للعبد لانه اداه من ماله ولو قلنا انه اذا
ضمن باذن سيده تعلق الضمان بذمة السيد او بكسب العبد فالاقرب ان حق الرجوع
للسيد ايضاً السابع اذا شرط الضامن كون ضمانه من مال معين من امواله فانه يصح
الضمان ويختص وجوب الاداء فيه كما صرح به في لك وفي مجمع الفائدة والكفاية ونبه عليه في يع
والارشاد وعد بل ظاهر الثاني انما الخلاف فيه كما صرح في مجمع الفائدة بانه لا نزاع في صحته حينئذ
تنبيه هل يشترط في صحة الضمان ان يعرف الضامن المضمون له الذي هو عبارة
عن مستحق الدين او لا اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه لا يشترط في الضمان

علم الضامن بالمضمون له ونسبه ووصفه وشخصه وما يميزه عما عداه بحيث يصح الاشارة اليه فيجوز
للضامن ان يقول ضمنت لك الدين الذي عليك لاي شخص كان وهو للشرايع والارشاد والمختلف
والتحرير وعد والمعتبر وضوك والكفاية والمحكي في جملة من الكتب عن الخلاف بل عزاه في جامع
المقاصد الى الاكثر الثاني انه يشترط علم الضامن بالمضمون له وهو المحكي في لف والك عن
المبسوط ويظهر من التذكرة المصير اليه وصرح في جامع المقاصد بان الاصح انه لا يشترط علمه
عند الضامن نعم لا بد من تميزه عند الضامن للاولين وجوه منها عموم قوله الزعيم عارم
ومنها عموم قوله المؤمنين عند شروطهم ومنها عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود ومنها
ما ذكره في التذكرة وجامع المقاصد من ان الغرض ايفاء الدين وهو لا يتوقف على ذلك
ومنها جملة من الاخبار احدها ما تمسك به في لف وجامع المقاصد واشار اليه في كرة ولك من
خبر ابي سعيد الخدري قال كنا مع رسول الله في جنازة فلما وضعت قال هل على صاحبكم دين
قالوا نعم درهمان فقال صلوا على صاحبكم فقال علي عليه السلام هما علي يا رسول الله وانا لهما ضامن
فقام رسول الله صلى الله عليه وآله فصلى عليه ثم اقبل على علي عليه السلام فقال جزاك الله عن الاسلام خيراً وفك
رهانك كما فككت رهان اخيك وثانيهما ما تمسك به في لف ايضاً قائلاً وروى جابر بن عبد الله
ان النبي صلى الله عليه وآله كان لا يصلي على رجل عليه دين فاتي بجنازة فقال هل على صاحبكم دين
فقالوا نعم ديناران قال صلوا على صاحبكم فقال ابو قتادة هما علي يا رسول الله قال فصلى
عليه فلما فتح الله على رسوله قال انا اولى بالمؤمنين من انفسهم فمن ترك مالاً فلورثته ومن ترك
ديناً فعلي وثالثها ما اشار اليه بعض الاجلة قائلاً روى في في عن فضيل وعبيد عن ابي عبد الله
قال لما حضر محمد بن اسامة الموت دخلت عليه بنو هاشم فقال لهم لقد عرفتم قرابتي ومنزلتي
منكم وعلي دين فاحب ان تقضوه عني فقال علي بن الحسين عليهما السلام ثلث دينك علي ثم
سكت وسكتوا فقال علي بن الحسين عليهما السلام علي دينك كله ثم قال اما انه لم يمنعني ان اضمنه اولاً الا كراهة
ان يقولوا سبقنا والتقريب في دلالة هذه الاخبار على المدعى ما اشار اليه في الخلاف

على ما حكاه في لف قائلا بعد التصريح بدلالة الخبرين الاولين على المدعى احتج الشيخ على قوله في الحديثين
فان النبي صلى الله عليه وآله لم يسأل عليا عليه السلام ولا ابا قتادة عن معرفتهما صاحب الدين ولا ثبت
فلا يشترط علمهما وفيه ما قررنا من دلالة الروايات لتلك المذكوره اولا بانها ضعيفة الاسناد
بل الاوليان منها عاميان كما صرح به بعض الاجلة مضعفا للاستناد اليها في محل البحث الا ان يجاب
بان ضعف السند هنا غير قادح لانجباره بالشهرة العظيمة خصوصا مع استناد جماعة منهم اليها
في جملة من مسائل الضمان من غير اشارة الى ضعف السند وثانيا بانها قاصرة الدلالة على المدعى
لقضيتها قضايا بالخصوصية موارد مخصوصة فلعل الضامنين كانوا عالمين بالمضمون له لا يقال
المناط في الاستدلال هو عدم الاستفصال من النبي صلى الله عليه وآله عن معرفتهم المضمون له كما نبه
عليه في الخلاف لانا نقول هنا بحثا اما اولا فلان هذا المقام ليس مما يجب فيه الاستفصال
بل ولا يحسن نعم على ان الاصل في الفعل الصادر من المسلم الحمل على الصحة وعدم حسن التجسس
عن كيفيته دفوعه على ان بعض الفاعلين هنا امام وهو معصوم فلا وجه للاستفصال عن
كيفيته واما ثالثا فلاحتمال علم النبي صلى الله عليه وآله بعلمهما بالمضمون له لا يقال الاصل عدم
علمه بذلك وكذلك الاصل عدم علم الضامنين بالمضمون له لانا نقول ذلك معارض
باصالة عدم صحة الضمان مع عدم علم الضامن بالمضمون له الا ان يقال انه اولى ولعله لترجيح
بما وعلى ان استصحاب الموضوع مقدم على استصحاب الحكم ويعضده ظهور سوق الروايات
في عدم علم الضامنين بالمضمون مضافا الى استدلال جماعة من محققي الاصحاب بتلك الروايات
على المدعى ففي جميع ما ذكر نظر على انه قد يمنع منه دلالة الروايات على المدعى باحتمال ما صدر
عن الامامين عليهما السلام وابي قتادة ارادة الوعد بالوفاء الذي لا يتحقق خلفه منهم لا الضمان
بالمعنى المراد هنا وفيه نظر قوته والاقرب الاصل وما تمسك به في التذكرة قائلا لا بد ان يعرف المضمون له
المغزي لان الناس يتفاوتون في المعاملة والقضاء والاستيفاء تشديدا وتسهيلا ويختلف
الاغراض في ذلك فمع اهماله يكون غرر ضرره من غير ضرورة وفي كلا الوجهين نظر اما الاول فلانا

وفوقه

بما تقدم

بما تقدم اليه الاشارة واما الثاني فللمنع من حصول الغرر والضرر بالاهمال في المعرفة خصوصا
اذا كان الضمان تبرعا سلمنا لكن الضامن اقدم على ضرر نفسه ولعل لا لمصلحة لا تفقد والا لكان
سفيها ولعل الكلام فيه على ان الضرر لو كان موجبا للفساد لفسدت المعاملة المشتملة على الضرر
كالبيع الذي فيه الغبن وهو باطل قطعا هذا وقد اجاب عن الوجه المذكور في لف بانه معين لتشخصه
ومضمونه عنه ولا يشترط علمه بنسبه ولا بحاله والغرر ليس معتبرا اذ لا يشترط علم حال الضمان
بحسن معاملة المضمون له وعدمه وان علمه بعينه اجماعا فلو كان الغرر معتبرا لكان العلم بهذا الوصف
شرطا وليس كذلك بالاجماع لا يقال يعتبر رضا المضمون له فيلزم تمييزه كما صرح به في لف قائلا وانما
المضمون له فانا نعتبر قبوله لفظا كما هو مقتضى العقد اللازم اقتضى ذلك تمييزه ولا يعتبر تمييزه من
ذلك وان لم يعتبر كما يدل عليه واقعة الميت المديون الذي امتنع النبي صلى الله عليه وآله من الصلوة
عليه حتى ضمنه علي عليه السلام لم يعتبر علمه به بوجه لانا نقول لا نسلم الملازمة اذ لا دليل عليها لا من
عقل ولا من نقل سلمنا لكن التمييز في الجملة لا يقتضي المدعى كما نظر به في جامع المقاصد فلك
ثم فاذن المعتمد هو القول الاول نعم اذا كان على المديون ديون عديدة وضمن الضامن بعضها
وتوقف تمييزها ضمنه على معرفة المضمون له لزمت من هذه الجهة ويكفي معرفته بحيث يحصل
المقصود وهل يشترط معرفة الضامن المضمون عنه وهو المديون اولا اختلف الاصحاب في ذلك
على قولين الاول انه لا يشترط وهو للشرايع وعد والتحرير وكره والمعتمد وجامع المقاصد وضه
ولك والكفاية والمحكي عن ف الثاني انه يشترط وهو المختلف والتنقيح والمحكي في جملة من الكتب
عن المبسوط للاولين وجوه منها ما تمسك به في جامع المقاصد وضه من ان الواجب الضمان
اداء الدين عن المضمون عنه وليس فيه ما يقتضي معرفته وفيه نظر ومنها ما تمسك به في لك وضه
من ان الضمان وفاء دينه وهو جائز عن كل مديون وفيه نظر ومنها ما تمسك به في التذكرة
من ان الواجب اداء الحق فلا حاجة الى معرفة من يؤدى عنه لانه لا معاملة بينهما في ذلك وفيه نظر
ومنها ما تمسك به في التذكرة ايضا من انه لا يشترط رضاه فلا يشترط معرفته ومنها

ما تمسك به في التذكرة ايضا من ان عليا عليه السلم وابا قتادة ضمنا عمن لا يعرفانه واجاب عنه
في التنقيح قائلا وليس فيه ضمان علي به ولا دلالة على عدم ذلك لجواز معرفته له ولم ينقل ومنها
تصريح التذكرة بانه لا يشترط معرفة الضامن المضمون عنه فلو ضمن الضامن عمن لا يعرفه صح ضمانه
عند علمائنا فانه ظاهر في دعوى الاجماع على عدم الاشتراط والاجماع المنقول بخبر العدل حجة خصوصا
اذا اعتضد بفتوى الاكثر كما في محل البحث ولا يقدح فيه مخالفة الشيخ في ط المتقدم عليه لشذوذه
ومصيره في الخلاف الى هذا القول ولا مخالفة السيوري لتاخره عنه ولا مخالفته نفسه لعموم ما دل
على حجية الاجماع المنقول فتامل ومنها العمومات المتقدم اليها الاشارة وللاخرين وجوه
منها الاصل وهو مندفع بما تقدم اليه الاشارة ومنها ما تمسك به في لف من ان المضمون عنه
لا بد ان يتميز عند الضامن ويتخصص عن غيره ليقع الضمان عنه وذلك يستلزم العلم به وفيه نظر
ومنها ما تمسك به في التنقيح قائلا والاقوى قول ط انه اذا لم يكن الضمان تبرعا فظاهر واما اذا كان
تبرعا فلانه احسان لا بد في فعل المعاش في معرفة محله فان المجاز وضع ذلك في غيره وقد ورد
النهي عن وضع المعروف عند غير اهله كما قال علي عليه السلم وليس لواضع المعروف في غير اهله الا محمدة اللئام
وفيه نظر لان الضمان اذا لم يكن تبرعا فلا وجه للمنع حيث لم يعلم المضمون عنه الا توهم عدم
التمكن من الرجوع اليه وهو فاسد لان عدم العلم به حين العقد لا يمنع عن العلم به بعده ولان
الغرض اشتمال الضمان المفروض على المصلحة ولا لكان الضامن سفيها وهو غير محل البحث
وان كان الضمان تبرعا فلانه احسان وهو كما يمكن ان يكون بالنسبة الى المضمون كذلك
يمكن ان يكون بالنسبة الى المضمون له على انا نمنع من حرمة وضع المعروف عند غير اهله فان النهي
غير ثابت سلمنا ولكن التحريم في المعاملات لا يقتضي الفساد فتامل فاذا المعتمد هو القول الاول
فلا يتوقف صحة الضمان على العلم بنسب المضمون عنه ولا اسمه ولا وصفه ونحو ذلك فلو قال ضمنت لك الدين الذي على
من كان من الناس جاز كما صرح به في لك وصرح به في موضع من كرة مستشكلا فيه وصرح في

الرابع والقواعد والتحرير وموضع من التذكرة والمحقق بعد التنقيح بانه لا يشترط العلم بالمضمون
عنه بانه لا بد ان يتميز المضمون عنه عند الضامن بما يصح معه القصد الى الضمان عنه وصرح
في لك بان وجه ان الضمان يتوقف على القصد وهو يتعلق بالمضمون عنه فلا بد من تمييزه
بوجه يزول معه الجهالة ليمكن القصد اليه ثم اورد عليه قائلا ويشكل بمنع توقف القصد على
ذلك فان المعتبر القصد الى الضمان وهو التزام المال الذي للمضمون له مثلا في الذمة وذلك
غير متوقف على معرفة من عليه الدين والدليل انما دل على اعتبار القصد في العقد لا في من
كان عليه الدين فلو قال شخص مثلا اني استحق في ذمة شخص مائة فقال له آخر ضمنتها لك
كان قاصدا الى عقد الضمان عن اي من كان عليه الدين ولا دليل على اعتبار ما زاد عن ذلك
وقد صح بما ذكره هنا في الروضة ايضا وهو في غاية الجودة ثم اذا تعدد المضمون عنه وقصد
الضامن دون بعضهم لزم التعيين ح ولعل الكتب المصرح بلزوم التمييز يريد هذه
الصورة كما يشعر بعضها بها منهل اختلف الاصحاب في توقف صحة الضمان
على رضاء المضمون له وهو مستحق الدين على قولين الاول انه يتوقف عليه ويكون
شرطا به فلو ضمن ولم يرض المضمون له به لم يصح وهو للمبسوط والوسيلة والغنية
والسرائر والنافع والتبصرة والارشاد وعد وكرة ولف والتحرير والجامع وجامع المقاصد
ولك والكفاية والرياض وصرح فيه بانه مذهب الاكثر بل لعل عليه عامة من تاخر وفي الغنية
الاجماع عليه وصرح في التذكرة بانه قول اكثر علمائنا وفي لك وغيره بانه المشهور وفي
الكفاية بانه الاشهر وفي التنقيح بانه ذهب اليه في الخلاف وط ثم تردد الثاني انه لا يتوقف
عليه بل يصح بدونه وحكاه في لف عن الخلاف قائلا قال في الخلاف فليس من شرط الضمان
رضاء المضمون له والمضمون عنه وان قيل شرطه رضاء المضمون له كان اولى وحكى
هذا القول في كرة ولك والكفاية عن الشيخ ايضا للقول الاول وجوه منها
ما تمسك به في الرياض من الاصل وهو ما اشار اليه في لك من اصالة بقاء ما كان بذمة

المضمون عنه وسلامة ذمة الضامن وعدم انتقال الحق الى المضمون له الى ان يتحقق المزيل واليه
اشار في جامع المقاصد بقوله الاصل عدم شرعية الضمان الى ان يثبت المزيل وقد يجاب
عما ذكر بانه فاسد بما دل على القول الثاني ومنها تصريح الرياض بدعوى الغنية الاجماع على ذلك وقد
يجاب عنه بان عبارة الغنية في كتاب الضمان قاصرة عن الدلالة على دعوى الاجماع على ذلك لان العبارة
صورتها هكذا من شرط الضمان ان يقبل المضمون له ذلك وان يكون المضمون به حقا لازما في الذمة
كمال القرض والاجرة وما اشبه ذلك بدليل الاجماع المشار اليه ومصيره الى اللزوم ومن الظاهر ان غاية
ما يستفاد من هذه العبارة دعوى الاجماع على الشرط الاخير لا على جميع ما ذكره من الشروط والا لما كان
ذلك بدليل الاجماع المشار اليه كما هو ظاهر ويتجه بعيد دعوى الاجماع على احكام كثيرة مذكورة في كتاب على
الترتيب ولنا احتمال انه ادعى الاجماع على ذلك في مقام آخر فيقول ان كان ممكنا لكنه بعيد غايته ومنها
الشهرة العظيمة التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف على انه قد يمنع من وجوده لان قول الشيخ في [illegible] ولو
قيل شرط محتمل [illegible] اقتصر به لا اساسا وجوده ولكن الظاهر اتفاق جميع من بعده على القول با
لاشتراط والاجماع بعد الخلاف حجة خصوصا اذا كان المخالف موافقا في الجملة ومنها ما ذكره في لك
من ان حق المضمون له [illegible] على الضامن والناس يختلفون في حسن المعاملة وسهولة القضاء
فربما كان الضامن لا يرضى به المضمون له فلو لم يعتبر رضاه لزم الغرر والضرر وقد يجاب عنه اولا
بانه اخص من المدعى كما لا يخفى والتتميم بعدم القائل بالفصل مشكل وثانيا بمعارضته بالمثل اذ على
تقدير التوقف على رضا المضمون له قد يترتب الضرر على المضمون عنه كما اذا كان بينهما معاداة ويريد
الاول بعدم الرضا بالضامن ايذاء الثاني وهتك عرضه بالمطالبة لعلمه بالامتناع من الاداء ومنها
ما اشار اليه من ان الضمان اثبات حق في الذمة فلا بد من اعتبار رضا المضمون له كسائر الحقوق ثم اجاب
عنه بانه قياس ومنها ما تمسك به في التذكرة من انه اثبات مال لآدمي وتجديد سلطنة ولا
يثبت الا برضاه او من ينوب عنه كالبيع والشراء اذ يستلزم تمليك الانسان تمليك الغير شيئا من غير
رضاه وضعفه ظاهر ومنها ما تمسك به في جامع المقاصد من ان الضمان عقد اجماعا فلا بد من

القبول

القبول وقد تمسك به في التذكرة ايضا لكن من غير دعوى الاجماع واشار اليه في لف بقوله لانه
اثبات مال في الذمة بعقد فلا يصح ذلك الا برضاه واورد عليه في مجمع الفائدة قائلا قد
ينازع في كونه عقدا عند الشارع بالمعنى الظاهر وفيه نظر ومنها ما تمسك به في لف
والتنقيح ولك والكفاية والرياض من خبر عبد الله بن سنان الذي وصف في الاول والتنقيح ولك
الاخيرة وغيرها بالصحة عن ابي عبد الله ع في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء فقال
اذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت فانه يدل بمفهومه على عدم البراءة مع عدم الرضا
لتضمن لفظة اذا معنى الشرط وقد صرح بما ذكر في لف والتنقيح والرياض وقد صرح بعض الاجلة
بانه روي في من لا يحضره الفقيه مسندا عن الحسن بن محبوب عن الحسن بن صالح الثوري عن ابي عبد الله ع
والحسن بن صالح وان كان ضعيفا على ما صرح به ولكن الضعف هنا غير قادح لانجباره بالشهرة و
الاصل كما صرح به في الكفاية قدس سره مع ان الراوي عنه الحسن بن محبوب الذي هو ممن اجمعت العصابة
على تصحيح ما يصح عنه على ما صرح به بعض ائمة الرجال وقد اشار الى ما ذكر في الكفاية للعلامة ايضا ومنها
ما تمسك به في لف من خبر عيسى بن عبد الله قال احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع اليه غرماؤه
فطالبوه بدين لهم فقال لهم ما عندي ما اعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من بني عمي علي بن الحسين عليهما السلام
او عبد الله بن جعفر فقال الغرماء اما عبد الله بن جعفر فملي مطول وعلي بن الحسين عليهما السلام رجل
لا مال له صدوق وهو احبهما الينا فارسل اليه فاخبره الخبر فقال اضمن لكم المال الى غلة ولم يكن له غلة
كلا فقال القوم قد رضينا وضمنه فلما اتت الغلة اتاح الله تعالى بالمال فاداه والتقريب الذي له
ما صرح به في لف قائلا ولو لم يعتبر رضاء المضمون له لم يخبرهم وفيه نظر كما اشار اليه في الرياض
ولعله لذا جعله مؤيدا لا دليلا مستقلا ومنها ما تمسك به في الرياض من النبوي وان
كان لك على رجل مال وضمنه رجل عند موته وقبلت ضمانه فالميت قد برئ وقد لزم الضامن
رده عليك وللقول الثاني وجوه ايضا منها عموم قوله ع الغريم غارم وقوله المؤمنون
عند شروطهم وقوله تعالى اوفوا بالعقود ويجاب عن هذه العمومات بلزوم تخصيصها

عليه وآله
بما تقدم اليه الاشارة ومنها ان عليا ع وابا قتادة ضمنا الدين عن الميت ولم يسأل النبي صلى الله
عن رضاء المضمون له بل حكم ع عليهما باللزوم بمجرد ضمانهما وفيه نظر اما اولا فلضعف سند الروايتين
الدالتين على نقل علي ع وابي قتادة من غير جابر له كما اشار اليه في الرياض واما ثانيا فلما اجاب به في لف
والتنقيح وجامع المقاصد والرياض من ان قضية علي عليه السلام وابي قتادة حكاية حال لا عموم لها ولذا
قال في الكفاية في الدلالة تأمل واما ثالثا فلما اجاب به في التنقيح قائلا وايضا عدم اعتبار رضاه في الميت
لا يدل على عدم اعتباره مطلقا لجواز خصوصية الميت وقد اشار الى هذا في مجمع الفائدة ايضا وفيه نظر واما
رابعا فلما اجاب به في لف قائلا اذا انا نقول بصحة الضمان لكن لا يلزم الا برضاء المضمون له لان حقه على
المضمون عنه ولا ينتقل الا برضاه ومن العجائب ان الشيخ انكر وجوب قبض الدين من غير الغريم فكيف
اوجب قبول ضمانه واما خامسا فلما اجاب به في الرياض قائلا النبوي المتضمن لضمان علي عليه السلام
وابي قتادة عن الميت مع قصور سنده مع عدم جابر له في محل الفرض قاصر الدلالة اولا بانه لا عموم فيه
لكونه قضية في واقعة وثانيا باحتمال وجود القرينة الدالة على رضاه لعدم وجود ما يوفي به دينه من التركة
على الظاهر مع كون الضامن مثل علي عليه السلام في غاية مرتبة من الوثوق عليه في الوفاء وهو موجب لحصول
العلم برضاء المضمون له ولو بالفحوى ولعله كاف في الصحة بل واللزوم وان توقف على القبول اللفظي بعد ع
على الخلاف وثالثا باحتمال حصول رضاء المضمون له في الواقع وعدم النقل لا يدل على العدم بالضرورة
ودفعه باصالة العدم مشروط بعدم النص على الاشتراط وقد عرفت ان هنا ما لا يعترض به الادلة المتقدمة
وقد اشار الى جوابنا الثاني في مجمع الفائدة والى الثالث في التنقيح وفيهما نظر واما سادسا فلان ما ذكر
على تقدير تسليمه لا يصلح لمعارضة ادلة القول الاول من وجوه عديدة لا يخفى ومنها خبر اسحق
بن عمار الذي وصف بالموثقية في الكفاية والرياض وغيرهما مصرح في الاول والاخير بدلالته على المدعى
عن ابي عبد الله ع في الرجل يكون عليه دين فحضره الموت فيقول وليه علي دينك قال يبرئه ذلك وان لم
يوفيه وليه وقال رجوان لا باثم وانما اثمه على الذي يحبسه وقد نقل كما اشار اليه في الرياض قائلا وفيه بعد
قصور السند عن المقاومة لما مر قصور الدلالة لاطلاقه القابل للتقييد بالاضافة لحصول رضا المضمون له وعليه

فلنقيد

والادلة
فلنقيد بالاول جمعا بين الادلة لا اتفاق على تقديم النص على الظاهر سيما مع اعتضاده بالاصل
نفي الضرر وعمل الاكثر فالاستدلال به في مقابلة الاول ضعيف وقد اشار الى ما ذكره في الكفاية
بقوله يدل على المدعى موثقة اسحق بن عمار لكنها تضعف عن مقاومة الصحيح المعتضد بالشهرة و
الاعتبار العقلي ومنها ما صح بعض الاجلة بصحته دلالة سند خبر الحسين بن الجهم الذي وصفه بالموثقية
كالرياض قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل مات وله علي دين وخلف ولدا رجالا ونساء و
صبيانا فجاء رجل منهم فقال انت في حل مما لاخوتي واخواتي وانا ضامن لرضاهم عنك قال تكون
في سعة من ذلك وحل قلت وان لم يعطهم قال كان ذلك في عنقه قلت فان رجع الورثة على فقالوا
اعطنا حقنا فقال لهم ذلك في الحكم الظاهر فاما ما بينك وبين الله عز وجل فانت في حل منها اذا
كان الرجل الذي احل لك يضمن رضاهم فيحتمل الضامن لك واجاب عنه في الرياض قائلا هو مع قصوره
سنده خارج عن محل النزاع لتضمنه ابراء ذمة المديون عن مال الغريم مجانا بدون نقله الى ذمته
مع كونه في الظاهر مخالفا للاجماع لحرمة التصرف في مال الغير بدون الاذن ولعله لهذا الحق ع
وقال ان الورثة المطالبة في الحكم الظاهر وهو اعم من وجود البينة على الضمان وعدمه وليس من محل النزاع
لانه ما تضمن ابراء ذمة المديون عن مال الغريم بنقله الى ذمة الضامن لا ابراءه مجانا والضمان في الخبر
ليس الا على رضاء تحصيل الغريم وهو ليس من الضمان الذي هو محل الفرض نعم الخبر صريح في حصول البراءة
بما فيه من الضمان لكنه مخالف للقواعد بل وللاجماع وعلى تقدير العدم فهو كما عرفت خارج عن محل النزاع
فالاستدلال على المطلب فيه عين الغفلة وفيما ذكر نظر قد تقدم ومنها ما تمسك به بعض الاجلة على المدعى
قائلا ويدل على ذلك ايضا ما رواه الشيخ في الصحيح عن حبيب الخثعمي والصدوق في ثقة عن ابن ابي عمير عن
حبيب الخثعمي عن ابي عبد الله ع قال قلت له الرجل يكون عنده المال وديعة ياخذ منه بغير اذن صاحبه
قال لا ياخذ الا ان يكون له وفاء قلت ارأيت ان وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء واشهد على نفسه الذي
يضمنه ياخذ منه قال نعم وهو كما ترى ايضا ظاهر في صحة الضمان من غير اشتراط رضاء المضمون له والمراد
من الخبر ان الضامن اشهد على نفسه بانه ضامن وينبغي تقييده بالاذن الضامن وحمله على ذلك وقد وصف

هذه الروايه في الرياض بالصحة ايضا ولكنه اجاب عنها اولا بخروجها عن محل النزاع كما بيّنها وثانيا بمخالفتها
للقواعد بل الاجماع فاذن المعتمد هو القول الاول وينبغي المشتبه على مورد الاول ثم على الثاني وهل يكفي
مطلق الرضا فلا يشترط القبول باللفظ ولا في لفظ الصيغة العربية ولا الموالات بين الايجاب والقبول
ولا تاخره عن الايجاب ولا غيره لذلك ولا بل يشترط القبول المعتبر في سائر العقود اللازمة فيه قولان
احدهما كفاية مطلق الرضا وهو الظاهر من الشرايع والنافع والتبصرة والارشاد وعد والتحرير والكفاية
وقد صرح به في مجمع الفائدة وثانيهما انه يشترط القبول اللفظي وجميع ما يعتبر في سائر العقود من التواصل
المعهود بين الايجاب والقبول وكونه بلفظ الماضي واللفظ العربي وهو للجامع المقاصد والمسالك والرياض
وصرح في الغنية باشتراط القبول للاولين وجوه منها ما تمسك به في مجمع الفائدة من عموم قوله
المؤمنون عند شروطهم ومنها ما تمسك به فيه ايضا من انه يصدق الضمان بمجرد الرضا فيشمله عموم قوله
الزعيم غارم والاصل عدم التخصيص ومنها فحوى ما دل على جواز المعاطاة والصيغة الغير العربية في
البيع ونحوه وقد اشار الى هذا في مجمع الفائدة ايضا ومنها اطلاق اكثر الاخبار المتقدمة واجاب عنه
في الرياض قائلا النص ليس فيه تصريح بكفاية مطلق الرضا واطلاقه لا عبرة به لعدم وروده في بيان حكمه بل بيان
حكم آخر مضافا الى تضمن بعض ما مر من الاخبار القبول بصيغته وبلفظ الماضي والتواصل المعهود بينه
وبين الايجاب وفي جميع ما ذكره نظر بل التحقيق ان الجملة من الاخبار المتقدمة على المدعى ان لم نقل كلها
وقد تمسك عليه في مجمع الفائدة بما دل على ضمان علي عليه السلام وابي قتادة لدعوى الاجماع عليه في مجمع الفائدة
ان اشتراط الموالات والقبول اللفظي يستلزم عادة العلم بالمضمون له وقد بينا انه ليس بشرط فما يدل
عليه يدل على المدعى اضافة وللاخرين وجوه منها ان الضمان عقد لدعوى الاجماع عليه في
مجمع الفائدة والاصل فيه القبول اللفظي العربية والموالاة وفيه نظر اما اولا فلا نسلم من الصغرى كما
نبه عليه في مجمع الفائدة والاجماع المنقول هنا موهون بظهور عبارة الاكثر في كفاية مطلق الرضا
واما ثانيا فلا نسلم من كلية الكبرى لعدم الدليل عليها من شيء من الادلة الا نعتقد بل جملة منها تدل على
الخلاف ومنها ما تمسك به في الرياض قائلا وعلى القول باعتبار رضا المضمون له مجرد رضاه كيف اتفق ولو

الرضا

مع التراخي ام لا بد من كونه بصيغة القبول اللفظي احدهما الثاني لانه عقد فلا بد من القبول ولاصالة
بقاء ما كان من شغل ذمة المضمون عنه وسلامة ذمة الضامن وعدم انتقال الحق الى المضمون له
الى ان يتحقق المزيل قطعا فيعتبر فيه ما يعتبر في سائر العقود من التواصل المعهود بين الايجاب والقبول
وكونه بلفظ الماضي واللفظ العربي لانه من العقود اللازمة ووجوب العدم قضية على عدم الدليل
ولاصالة عدم الاشتراط ونحوها لفساد غيره من العقود المملكة لان الضمان لا يثبت ملكا جديدا وانما
يوثق به الدين الذي كان مملوكا وفيه ان استحقاق المضمون له عند الضامن حق خاص غير متحقق قبله
ثم ينتقض بالرهن فان فائدته التوثيق مع اشتراط القبول فيه وقد تمسك في الرياض على المدعى فيه بالوجه الثاني
الذي ذكره وهو الاصل وفيه انه لا يصلح لمعارضة العمومات المتقدم اليها الاشارة فاذن المعتمد هو
القول الاول ولكن الثاني احوط وعلى المختار فهل يشترط العلم برضا المضمون له او يكفي الظن الاقرب
الاول الا اذا كان الدال على الرضا لفظا او شهد به العدلان الثاني يشترط في صحة الضمان رضا
الضامن كما صرح به في التبصرة والتحرير والتنقيح والظاهر انه مما لا خلاف فيه بل صرح بدعوى الاجماع عليه
في الايضاح والمسالك رضا الضامن شرط اجماعا لاستحالة اثبات مال في ذمة شخص بغير رضاه الثالث
لا يشترط رضا المضمون عنه كما صرح به في الخلاف والغنية والنافع والشرايع والتبصرة
والتحرير وعد والارشاد والتذكرة واللمعة والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك ومجمع الفائدة
والكفاية والرياض وقد حكاه في الرياض عن ابن ادريس وغيرهم وجوه منها تصريح التذكرة وجامع
المقاصد بدعوى الاجماع عليه وتعضده اولا تصريح المسالك بانه موضع وفاق وثانيا تصريح الرياض بانه لم يجد
فيه خلافا وثالثا عبارة النافع وغيرها تشعر بعدم الخلاف فيه لا يقال يمنع عدم الخلاف فان
القائلين ببطلان الضمان اذا تبرع به ثم علم المضمون عنه به وانكره مخالفون لان قولهم
ذلك يتفرع على الحكم باشتراط رضاه كما صرح به في الغنية والتنقيح ومع هذا فقد صرح في الوسيلة
بانه يشترط رضا المضمون عنه لانا نقول لا نسلم التفريع المذكور كما صرح به في الرياض قائلا
ان قولهم بذلك غير مبني على اعتبار رضاه ابتداء بل على جعلهم الانكار مانعا ولذا صرحوا بالصحة

لمعتضد

مع عدم معلومية كل من الرضا والانكار سلمنا ولكن المخالف قليل فلا يقدح في الاجماع المنقول
بالشهرة العظيمة ومنها ما تمسك به في لف والتنقيح من عموم قوله عليه السلام الزعيم غارم ويعضده
قوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم وللناصح في الرياض بانه يدل على ذلك
العمومات ومنها ما تمسك به في الرياض من ظواهر المعتبرة المكتفية في شرائط الصحة والحكم باللزوم بمجرد
رضا المضمون له ومنها ما تمسك به في المبسوط وقد ذكره بجامع المقاصد وكذلك والرياض من
ضمان علي عليه السلام وابي قتادة عن الميت بمحضر من النبي صلى الله عليه وآله اذ لو كان رضا المضمون عنه شرطا لما صح ضمانهما
لامتناع الرضا من الميت ومنها ما تمسك به في المبسوط وتبع بعده لف والتنقيح وجامع المقاصد
وضه ومجمع الفائدة من ان الضمان قضاء دين الغير وهو لا يتوقف على اذن المديون والى ما ذكر اشار في
التذكرة وكذلك قائلين بجواز اداء الدين عن الغير بغير اذنه فالتزامه في الذمة اولى بالجواز ومنها
ما تمسك به في لف قائلا لنا ما رواه داود الرقي في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال مكتوب في التورية كفالة
ندامة غرامة الرابع متى تبرع الضامن من غير مسألة المضمون عنه وقبل المضمون له ضمانه فقد برئ
ذمة المضمون سواء رضي بهذا الضمان بعد الاطلاع عليه ام انكره ولم يرض به وفاقا للشرايع والنافع والتبصرة
وعد ولف والتنقيح وجامع المقاصد لك والكفاية ومحكي لف عن النهاية والمقنعة وابن البراج وابن
حمزة القول ببطلان الضمان بعد انكار المضمون عنه في صحة الضمان وقد عرفت ضعفه وانا ادوا ان
الانكار يقتضي ابطال ما مضى وانه مانع من الموانع فيدفعه الاصل مضافا الى ما تقدم والى ما اشار اليه في لك
قائلا لو انكر المضمون عنه الضمان فانه لا اثر له لانه اذا لم يعتبر رضاه ابتداء فلا عبرة بانكاره بعد

منهل

ان تحقق الضمان على الوجه المعتبر شرعا فهل ينتقل الحق من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فيبرأ
ذمة المضمون عنه وليس للمضمون له الرجوع على المضمون عنه بل انما يرجع على الضامن فيه قولان احدهما
ان الضمان ناقل للحق الى ذمة الضامن ومبرئ لذمة المضمون عنه وهو للغنية والنافع وبع والارشاد
والمختلف وعد وكره ولف والتبصرة والايضاح والتنقيح وضه ولك ومجمع الفائدة والمحكي عن
النهاية والسرائر والمهذب ونهج الحق وغيرها وفي الايضاح الى جمهور الاصحاب وفي التنقيح الى اكثرهم

وثانيهما

التنقيح

وثانيهما ان الضمان ليس بناقل بل ضم ذمة الى اخرى ولم اجد قائلا به من الاصحاب نعم عبارة
ربما تشعر بوجود قائل به منهم حيث نسب القول الاول الى اكثرهم دون جميعهم وربما يؤيده نسبة
الايضاح بانه عرف جمهور الاصحاب الضمان بانه نقل المال من ذمة الى ذمة وعرفه اخرون
بانه ضم ذمة الى ذمة فعلى الاول يبرأ المضمون عنه وعلى الثاني لا بل يتخير المضمون له في الرجوع
على من شاء ويحتمل ان اراد بالآخرين العامة فانه قد حكي هذا القول عنهم في لك وغيره وكيف
كان فهذا القول ضعيف بل المعتمد هو القول الاول الذي عليه المعظم ولهم وجوه منها
تصريح الغنية بدعوى الاجماع عليه ويعضده اولا الشهرة العظيمة بل الظهور عدم الخلاف وثانيا
تصريح الرياض بان الضمان ينقل المال المضمون من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن ويبرأ ذمة منه
المضمون عنه باجماعنا المستفيض الحكاية في كلام جماعة كالسرائر والغنية ونهج الحق والمهذب
والنهاية والتذكرة وغيرها من كتب الجماعة وهو الحجة المخصصة للاصل وثالثا تصريح لك
بان هذا القول عندنا موضع وفاق ورابعا تصريح الكفاية بانه لم يعرف فيه خلافا وتصريح
مجمع الفائدة بانه لم نظهر فيه خلاف وخامسا تصريح كره ولف بان الضمان ناقل عندنا
ومنها ما تمسك به في الغنية والايضاح والتنقيح من الخبرين المتقدمين المتضمنين لنقل
ضمان امير المؤمنين عليه السلام وابي قتادة عن الميت وفيه حجابا بدلالتهما على المدعى ومنها ما
تمسك به بعض الاجلة قائلا ويدل على القول المذكور مضافا الى اتفاق الاصحاب صحيحة عبد الله
بن سنان وموثقة اسحق بن عمار وموثقة الحسين بن الجهم المتقدمات فانها صريحة في تحول ذمة
المضمون عنه وانتقال المال الى ذمة الضامن ويعضده تصريح الرياض بانه يدل على ذلك
النصوص المستفيضة الخاصية والعامية التي هي ظاهرة في ذلك بل صريحة ومنها ما تمسك
به في الايضاح من قوله تعالى وانا به زعيم ومنها ما تمسك به فيه ايضا من قول النبي صلى الله
عليه وآله الامانة مؤداة والدين مقضي والزعيم غارم وينبغي التنبيه على امور الاول لو
صح ذلك بان يقتضي براءة المضمون عنه بانه من حق المضمون له لا مطلق البراءة فان الضامن

يرجع بما اداه اذا ضمن باذنه وهو جيد الثاني لا فرق في ذلك بين ان يكون المضمون عنه حيا او ميتا كما صرح به في التحرير بل الظاهر انه لا خلاف فيه الثالث صرح في التحرير بانه يبرأ المضمون عنه وان لم يؤد الضامن وهو جيد والظاهر انه لا خلاف فيه الرابع صرح في الايضاح بان ضمان العهدة ليس بناقل بل هو ضم عندهم وربما يظهر مما ذكره من جمع الفائدة ايضا ولكن مقتضى اطلاق اكثر الفتاوى والاجماعات المحكية عدم الفرق في كون الضمان ناقلا بين جميع افراده فتوى فلو ان [illegible] بالضمان الخامس اذا كان له على رجلين مال فضمن كل منهما ما على صاحبه تحول ما كان على كل منهما على صاحبه كما صرح به في الشرايع والتحرير وعد ونات والكفاية والرياض بل صرح في [illegible] بنفي الاشكال فيه قائلا لا اشكال في صحة هذا الضمان لان كل واحد جامع لشرائط الصحة وحكى في الرياض عن ظ المنع من هذا الضمان قائلا لا خلاف بيننا فيه الا من ظ [illegible] لاستلزامه صيرورة الفرع اصلا والاصل فرعا ولعدم الفائدة ورد الاول بان ذلك لا يصلح [illegible] والثاني بان الفائدة موجودة وهي ثبوت احكام كظهور اعسار الاصيل الذي صار ضامنا الموجب لخيار المضمون له في فسخ ضمانه والرجوع الى المضمون عنه الذي صار ضامنا عنه وما ذكره من الفائدة جيد ولا اشكال في ان المضمون له ليس له الرجوع على كل من الضامنين الا بما ضمنه لا بما في ذمة الاخر سواء تمكن منه ام لا الا ان شرط المضمون له على كل منهما انه اذا لم يتمكن من الاخر ان يستوفي ما في ذمته من صاحبه وصالحه كذلك وكذا الكلام اذا استدان منه اثنان منه او ابتدا وشرط معهما ذلك او صالح معهما كذلك والوجه في صحة الشرط والصلح في المقامين العمومات السليمة عن المعارض من الشرع [illegible] ولا اعتبار العقل السادس صرح في التحرير بانه يصح ترامي الضمان فيجوز الضمان عن الضامن ويتحول الحق الى ذمة الضامن الثاني وسيأتي تحقيق الكلام فيه ان شاء الله تعالى السابع يصح وحدة الضامن وتعدد المضمون عنه بان يضمن واحد عن جماعة وقد صرح بذلك في الرياض وهل يصح تعدد الضامن ووحدة المضمون عنه بان يضمن جماعة عن واحد اطلق جوازه في التحرير وحكاه في لف عن ابن حمزة وصرح بانه يكون للمضمون له الخيار في مطالبة من شاء منهم على الانفراد وعلى الاجتماع والتحقيق ان يق انا قد بينا ان الضمان ناقل فضمان الجماعة اما ان يقع على التعاقب او دفعة فان وقع على التعاقب فاما

الاحق

فاما ان يرضى المضمون له بضمان كل واحد على التعاقب بان يرضى بضمان السابق قبل تجدد اللاحق فله مطالبة الاول هنا خاصة كما صرح به في لف محتجا بانه بضمانه ورضاء المالك به انتقل الحق الذي في ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فاذا ضمن الثاني المضمون عنه بطل لخلو ذمته عن المال عندنا وهو في غاية الجودة ولو تقدم رضاء المضمون له بضمان المتأخر على ضمان المتقدم كان له مطالبة من تقدم الرضا بضمانه وان تأخر ضمانه فضمانه هو الصحيح دون المتقدم عليه والمتأخر عنه ان كان وقد صرح بذلك في لف وان رضي المالك بضمان كل واحد دفعة صح ضمان الاول دون من تأخر عنه على ما صرح به في لف محتجا بانه اذا رضي بضمان كل واحد فقد رضي بضمان الاول فينتقل المال اليه فلا يصادف ضمان الثاني ولا الرضا به حقا على المضمون عنه فيبطل وفيه نظر لانه كما رضي بضمان الاول كذلك رضي بضمان الثاني ولا ترتيب بين الامرين ولا دليل على ان تقدم ضمان الاول يوجب تصرف الرضا اليه دون غيره فينبغي ان يكون حكمه حكم الصورة الاخيرة وان وقع ضمان الجماعة دفعة واحدة فان رضي المضمون له بضمان كل واحد على التعاقب صح ضمان من رضي بضمانه اولا كما صرح به في لف محتجا بانتقال المال بالضمان ورضاء المالك الى ذمته فلا يصادف ضمان الباقي ذمة مشغولة فيبطل وان وقع الرضا كاصل ضمان الجميع دفعة ففيه احتمالات احدها بطلان ضمان الجميع واليه ذهب في لف قائلا لامتناع انتقال الحق دفعة واحدة الى ذمم متعددة وثانيها صحة ما اخرجته القرعة لعموم قوله ع القرعة لكل امر مشكل وفيه انه لا اشكال بعد حكم الاصل والدليل بالفساد مع عدم العلم بصحة احد الضمانات في الواقع ومع هذا لم اجد قائلا به وثالثها صحة ما اختاره المضمون له على وجه التخيير ورابعها تقسيط الحق المضمون على الجميع فيصح ضمانهم بالنسبة الى سهامهم ووجهه اصالة عدم التخصيص في العمومات الدالة على صحة ضمان جميعهم الا بمقدار الضرورة وهذا الاحتمال في غاية القوة الثامن اذا ابرأ مالك الدين وهو المضمون له

ذمة الضامن برئ ذمته وذمة المضمون عنه معًا فليس للضامن الرجوع عليه بشيء
اما براءة ذمة المضمون عنه ح فقد صرح به في الوسيلة والتذكرة والارشاد وعد
والتحرير والجامع وجامع المقاصد والمسالك ومجمع الفائدة ولهم وجوه منها ظهور
الاتفاق عليه ومنها تصريح التذكرة بانه اذا ابراء المالك المدين ذمة الضامن
برئ الاصيل عند علمائنا ومنها ما تمسك به في التذكرة قائلا لان الضمان عندنا ناقل
للدين من ذمة الاصيل الى ذمة الضامن وليس للضامن ان يرجع على المضمون عنه الا
بما اداه فاذا اسقط الدين عنه لم يؤد شيئا وقد تمسك بهذا الوجه في جامع المقاصد
ايضا واما براءة ذمة الضامن ح فقد صرح في الارشاد والقواعد والتحرير والجامع
والمسالك ومجمع الفائدة بل الظ انه مما لا خلاف فيه وان ابراء المضمون له الضامن او صالحه
على بعض الدين لم يرجع على الاصيل الا بما غرم كما صرح به في التذكرة ولو تعدد الضمناء
على الترتيب بان ضمن الدين ضامن ثم ضمن الضامن آخر فاذا ابراء الضامن الاخير برئ الاصيل
ومن تفرع عليه كما صرح به في التذكرة مشعرا بدعوى الاتفاق عليه ومحتجا بما ذكره سابقا ولو ابراء المستحق
للدين وهو المضمون له ذمة الاصيل وهو المضمون عنه لم يبراء الضامن كما صرح به في الوسيلة والشرائع
والتذكرة والارشاد وعد والتحرير والجامع والمسالك ومجمع الفائدة والكفاية ولهم وجوه منها الاصل
ومنها ظهور الاتفاق عليه ومنها تصريح المسالك والكفاية بان العلامة في التذكرة ادعى اجماع علمائنا على
ذلك ويؤيده اولا تصريح يع بانه قول مشهور لنا وثانيا ما ذكره في المسالك قائلا قول المص على قول
مشهور لنا يشعر بثبوت مخالف منا لكنا لم نقف عليه وفي كره ادعى اجماع علمائنا على ذلك ولعله اراد
بذلك انه لم يتحقق الاجماع وان لم يعلم المخالف فان عدم الاطلاع على المخالف لا يوجب الاجماع وان كان
المتفقون ما ذكرنا كما نبه عليه وسيأتي في اخر الكتاب ما يشعر بخلاف الشيخ في ذلك وثالثا تصريح العلامة
قدس سره في بعض حواشيه بانه ادعى الاجماع على ذلك في الغنية والمهذب ونهج الحق والمفاتيح وغيرها مما كتب العامة
ومنها ما تمسك به في التذكرة من ان الحق سقط عن ذمة الاصيل بالنسبة الى صاحب الدين فلا يعاد

الابراء

الابراء استحقاقا فلا يكون صحيحا وقد اشار الى هذا الوجه في الجامع ومجمع الفائدة **منهل**
اذا كان الضامن مليا وقادرا على اداء ما ضمنه فلا اشكال في صحة ضمانه ولزومه ويدل عليه مضافا
الى الاجماع العمومات وكذلك لا اشكال في الامرين اذا كان الضامن معسرا حين الضمان وكان المضمون
له عالما باعساره ويدل عليه مضافا الى ظهور الاتفاق عليه العمومات وخبر عيسى بن عبد الله قال
احتضر عبد الله بن الحسن فاجتمع عليه غرماؤه فطالبوه بدينهم فقال لا مال عندي فاعطيكم
ولكن ارضوا بمن شئتم من بني عمي علي بن الحسين عليهما السلام وعبد الله بن جعفر فقال الغرماء
عبد الله بن جعفر ملي مطول وعلي بن الحسين رجل لا مال له صدوق وهو احبهما الينا فارسل اليه
فاخبره الخبر فقال اضمن لكم المال الى غلة ولم يكن له غلة كلا فقال القوم قد رضينا وضمنه فلما اتت الغلة
اتاح الله عز وجل له المال فاداه وهل يلزم الضمان اذا كان الضامن حين العقد معسرا غير
قادر على اداء ما ضمنه ولم يعلم باعساره المضمون له ثم تبين له بعد الضمان اعسار الضامن او لا
فيكون الشرط في لزوم الضمان احد الامرين ملاءة الضامن او علم المضمون له باعساره صرح بالا
لثاني وبالشرط المذكور في الغنية والمراسم والمقنع والنافع والتبصرة والارشاد والتحرير وعد واللمعة و
جامع المقاصد والمسالك وضه ومجمع الفائدة وهو المعتمد ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه و
منها تصريح الرياض بان في ظاهر الغنية الاجماع على الشرط المذكور ويعضده اولا تصريح جامع المقاصد
بان ظاهرهم ان هذا الحكم موضع وفاق وثانيا تصريح مجمع الفائدة بان الظاهر انه لا خلاف فيه وثالثا
تصريح الرياض بانه لم يجد فيه خلافا ومنها ما تمسك به في جامع المقاصد قائلا انما كان هذا موضع
توهم ثبوت الفسخ دون غيره لان الضمان في معنى اداء الدين والمقصود الاصلي منه الارتفاق بنقل
الدين الى ذمة الضامن وانما يكون ذلك اذا كان الاداء ميسرا ولا جرم اذا فات هذا المقصود الذي
انما ينبني الضمان عليه تخير المضمون له لفوات المقصود كما يتخير المشتري اذا ظهر في المبيع عيب او غبن
حيث كان المقصود هو الصحة والاخذ بالقيمة او ادون لان البيع مبني على المكايسة وهذا بخلاف
ما اذا باع مؤجلا فظهر الافلاس اذ ليس مقصود البيع الاصلي بالنسبة الى اداء الثمن كما في الضمان

فظاهرهم ان هذا الحكم موضع وفاق ومنها ما تمسك به في الرياض قائلا يدل عليه الاصل وعدم انصراف
اطلاق النصوص اليه على ان المتبادر المقصود من الضمان استيفاء الدين وبه يشعر ظاهر اشتراط
رضا المضمون له في بعضها وانما يكون ذلك اذا امكن الاداء بيساره مضافا الى لزوم الضرر بعدم
اعتباره ويجاب عن عموم الامر بالوفاء بالعقد لو تمسك به وينبغي التنبيه على امور الاول هل يتوقف
العقد على الشرط المذكور فيفسد الضمان بدونه او اللزوم فيتخير المضمون له بين الفسخ والرجوع على
المضمون عنه والامضاء ومطالبة الضامن صرح بالثاني في النافع والشرايع وعد والارشاد والتحرير
والتبصرة وجامع المقاصد ولك وضه والكفاية والرياض وهو ظ المراسم وهو الاقرب لوجوه منها
ظهور الاتفاق عليه وان كان عبارة الغنية واللمعة ظاهرة في الاحتمال الاول اللزوم تنزيلها على الثاني
اذ لم يحك احد منهما خلافا هنا ومنها ظهور جامع المقاصد في دعوى الاتفاق ويعضده تصريح
مجمع الفائدة بان الظاهر انه لا خلاف في ذلك ومنها عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله م المؤمنون
عند شروطهم وقوله م الزعيم غارم الثاني صرح في لك وضه ومجمع الفائدة والرياض بان المراد
بملائة الضامن التي هي شرط اللزوم ان يكون مالكا لما يوفي به الدين فاضلا عن المستثنيات في وفاء
الدين وهو جيد الثالث لا يشترط استمرار الملائة فلو تجدد الاعسار بعد الضمان فلا فسخ كما صرح
به في الارشاد والتحرير وعد ولك وضه وزاد في الاخير فصرح بانه كما لا يضر تجدد اعساره فكذا تعذر
الاستيفاء منه بوجه اخر وهو جيد ويدل على اللزوم في المقامين الاصل والعمومات الرابع لا يشترط
في الفسخ اللفظ ولا في لفظ لفظ بل يكفي مطلق ما يدل عليه كما يظهر من مجمع الفائدة الخامس
هل الفسخ على الفور ام يجوز فيه التراخي فيه اشكال كما صرح به في التحرير من غير ترجيح ولكن احتمال
التراخي في غاية القوة **منهل** ضمان الضامن للدين يكون على اقسام منها
ان يضمن الدين الحال مؤجلا وهذا الضمان صحيح كما في النافع والشرايع والتبصرة والارشاد و
القواعد والتحرير والتذكرة واللمعة والتنقيح وجامع المقاصد والروضة ولك ومجمع الفائدة
والكفاية والرياض وغيرهم ولهم وجوه احدها ظهور الاتفاق عليه وثانيها التصريح بدعوى الاجماع

عليه في الشرايع والتنقيح والمحكي عن التذكرة ويعضده اولا تصريح لك بان هذا موضع وفاق وثانيا
تصريح الكفاية بانه لا يعرف فيه خلافا بينهم وثالثها خبر عيسى بن عبد الله المتقدم فتامل
ورابعها ما تمسك به في لك قائلا لما كان مبنى عقد الضمان على الارتفاق وتسهيل الامر
على المضمون عنه كان الضمان المؤجل للدين الحال جائزا لتحقق الغرض المطلوب منه وخامسها
ما تمسك به في الرياض قائلا يدل على ذلك الاصل والعمومات السليمة عن المعارض عدا ما ربما
يتوهم من كونه معلقا وهو غير جائز وليس كما يتوهم بل هو تاجيل للدين الحال في عقد لازم
وقد اشار الى ما ذكره في دفع التوهم في لك ايضا وبالجملة لا اشكال في صحة هذا الضمان
وعليها فلا يجوز للمضمون له مطالبة كل من الضامن والمضمون قبل انقضاء الاجل اما عدم
جواز مطالبة الاول فكما صرح به في يع وعد فلاشتراط التاجيل كما نبه عليه في لك واما عدم
جواز مطالبة الثاني فكما صرح به في يع والتحرير فلبراءة ذمته عن الدين لما بيناه من ان الضمان
ناقل وقد نبه على هذا في لك ولا فرق في جميع ما ذكر بين كون الضمان تبرعا اولا كما هو
ظاهر اطلاق الاصحاب ومنها ان يضمن الدين المؤجل حالا بان يسقط اجل ذلك الدين
ويلزم بالاداء معجلا وقد اختلف الاصحاب في صحة هذا الضمان على قولين الاول انه يصح هذا
الضمان ويعجل الدين وهو للنافع ويع والتبصرة والتحرير والارشاد وكره ولف واللمعة والتنقيح
وضه ولك ومجمع الفائدة والرياض وحكاه فيه وفي غيره عن الشيخ في ط والقاضي في المهذب
والحلي وزاد في الاول فحكاه ايضا عن المفلح الصيمري قائلا بل لعله عليه عامة المتاخرين الثاني
انه لا يصح وقد حكاه في لف والرياض عن المقنعة والنهاية والقاضي في الكامل وابن حمزة
وزاد في الثاني فحكاه ايضا عن ابن زهرة وفخر الاسلام وللمحقق الثاني للاولين وجوه
منها ما ذكره في لف من الاصل ومنها ما تمسك به في التذكرة من عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود
قائلا والضامن عقد مؤجلا فلا يثبت عليه الا كذلك ومنها ما تمسك به في التذكرة ايضا
من عموم قوله م المؤمنون عند شروطهم ومنها ما ذكره في لف والتنقيح من قوله م الزعيم

غانم وغيرهما للاول قوله تعالى وانا به زعيم واشار في الرياض الى هذه العمومات بقوله يصح هذا
الضمان للاصل وعموم دلائل مشروعية الضمان مع فقد المعارض لهما ودليل الخصم واصالة
عدم غيره ومنها ما اشار اليه بعض الاجلة من ان الضمان كقضاء الدين فكما يجوز اداء الدين
المؤجل حالا فكذلك يجوز هذا الضمان ومنها ظهور عبارة التذكرة في دعوى الاتفاق
على الصحة كما صرح به في مجمع الفائدة لانه صرح بانه لو كان الدين مؤجلا فضمنه الضامن حالا و
التزم التبرع بالتعجيل صح الضمان عندنا كما يصح الحال مؤجلا وكان عليه اداء المال في الحال
كاصل الضمان ومع هذا لم ينقل خلافا في المسئلة عن احد من الامامية وللاخرين
وجوه ايضا منها ما ذكره في التنقيح ولك وغيرهما كما عن كنز من ان بناء الضمان على
الارفاق وتسهيل الامر على المضمون عنه فيشترط فيه الاجل لمنافاة الحال للارفاق الذي شرع
الضمان لاجله لان الضمان الحال يسوغ تعجيل المطالبة بالحق المضمون فيتسلط الضامن
على مطالبة المضمون عنه فينتفي فائدة الضمان وفيه نظر اما اولا فلانه ان ضمن تبرعا من
غير سؤال المضمون عنه فليس للضامن حق الرجوع عليه بما اداه ولا مطالبته به فما ذكر لا يجري
هنا كما صرح به في التنقيح والرياض وان ضمن بسؤال المضمون عنه فلا نسلم ان له الرجوع حالا
بل بشرط حلوله على المضمون او تصريحه بالرجوع عليه حالا كما صرح به في الرياض سلمنا لكن
المضمون عنه هو الذي ادخل الضرر على نفسه والتزم بعدم الارفاق فلا تعين وقد صرح
بهذا في التنقيح واما ثانيا فللمنع من ان بناء الضمان على الارفاق واختصاص فائدته فيه كما
صرح به في لف وكذا صرح به في الرياض محتجا بانه لا دليل عليه من نص واجماع وقابل يحتمل
كون الفائدة فيه تفاوت الغرماء بحسن القضاء والتقاضي واما ثالثا فلعدم صلاحيته
لمعارضة ادلة القول الاول ومنها ان ثبوت المال في ذمة الضامن فرع ثبوته في ذمة
المضمون عنه والفرع لا يكون اقوى من الاصل وقد حكى في لف عن ط الاحتجاج بهذا الوجه
وفيه نظر لما ذكره في لك قائلا ويضعف بان المستقل هو الدين واما الاجل فاذا اسقطه

المديون

المديون وادى المال حالا فكذا اذا اسقطه الضامن بضمانه كذلك لانه في معنى الاسقاط له ولو كان
الضامن متبرعا بالضمان فاولى بعدم الاشتراط اذ لا رجوع على المضمون عنه فيكون في معنى ما
لو ادى عنه دينه المؤجل قبل الاجل وهو جائز وقد صرح بهذا الجواب في لف والرياض
وغيرهما واجاب في مجمع الفائدة بان زيادة الفرع على الاصل بالقليل لا محذور فيه ومنها
ان من شرط صحة الضمان وجوب الحق على المضمون عنه والاجل حق من حقوق الدين
وتعجيله غير واجب فيكون ضمانه كذلك ضمان ما لم يجب وليس بصحيح وقد اشار الى
هذا الوجه في لف قائلا وقد استخرج والدي العزيز محمد جعلت فداه وجها حسنا يقوى
قول الشيخ وهو ان الحلول زيادة في الحق ولهذا يختلف الاثمان وهذه الزيادة غير
واجبة على المديون ولا ثابتة في ذمته فيكون ضمان ما لم يجب فلا يصح عندنا وفيه نظر
لما ذكره في لك والرياض من ان الممنوع الذي لم يجب هو المال لا الاجل لان مدلول ما
الذي هو متعلق الضمان هو المال لانه المضمون واما الاجل فلا يتعلق به الضمان وان
كان من توابع الحق واوصافه الا ان دخوله حينئذ ليس بالذات بل بالتبعية وهو
حق للمديون فاذا رضي الضامن باسقاطه وتعجيل الايفاء فقد ضمن ما يجب وهو المال
ورضي باسقاط الوصف ولا يبعد انه غير واجب الاداء بسبب الاجل لانه واجب في الجملة
غايته انه موسع وذلك لا يخرجه عن اصل الوجوب خصوصا اذا انضم الى رضاء الضامن
بذلك رضاء المضمون عنه وقد اشار الى ما ذكر في مجمع الفائدة ايضا ومنها ما ذكره فيه
من ان الضمان خلاف الاصل فيقتصر على محل اليقين ويجاب عنه بانه لا يصلح لمعارضة
ادلة القول الاول فاذن هو المعتمد ولا فرق فيه بين ان يكون الضمان بسؤال المضمون عنه
او تبرعا ومنها ان يضمن الدين الحال حالا وقد ذهب الى صحة هذا الضمان في النافع و
الشرايع والتبصرة والارشاد والتذكرة واللمعة والتنقيح وضة ولك ومجمع الفائدة والرياض
وحكي في الخزائن والتنقيح عن الشيخ القول بالمنع من الصحة وهو ظاهر الغنية لقوله يشترط

ان يكون الضمان الى اجل معلوم وكذا هو ظاهر الوسيلة لقوله تشترط تعيين اجل المال
وهو ضعيف بل المعتمد هو القول الاول الذي عليه المعظم للعمومات المعتضدة بالشهرة
العظيمة بل يظهر من مجمع الفائدة دعوى الاتفاق عليه لقوله الصور اربع والظاهر جواز كلها
وانه لا نزاع الا في ضمان الدين المؤجل حالا وقد ادعى اجماعنا في التذكرة وجرى على الحكم
المذكور في الاقسام الاربعة وعلى الحنابلة لا فرق في صحة هذا الضمان بين ان يضمن تبرعا
او بسؤال المضمون عنه ومنها ان يضمن الدين المؤجل باجل يزيد على اجل الدين كان يضمن
الدين المؤجل الى شهر الى شهرين وقد ذهب الى صحة هذا الضمان في النافع والشرايع والتبصرة
والتحرير والتذكرة والارشاد واللمعة والتنقيح وضه ولك ومجمع الفائدة والرياض وهو
المعتمد للعمومات ولتصريح التنقيح ولك بدعوى الاجماع عليه ويعضده اولا ظهور الاتفاق
عليه وثانيا تصريح موضع اخر من لك بانه متفق عليه وثالثا ظهور مجمع الفائدة في
دعوى الاتفاق عليه وفي حكاية دعوى الاجماع عليه من كره ورابعا ظهور عبارة الشرائع
والنافع في دعوى الاجماع ولا فرق في ذلك بين ان يكون الضمان تبرعا او بسؤال المضمون
عنه فان ضمن الدين المؤجل باجل يساوي اجل الدين او ينقص عنه فقد صرح النافع ويع
والتبصرة والارشاد والتحرير وكره واللمعة والتنقيح وضه ولك ومجمع الفائدة والرياض
الى صحة هذين القسمين وهو الاقرب سواء كان الضمان بسؤال المضمون عنه او تبرعا
للعمومات ولدعوى الاجماع عليه في يع كما نبه في لك قائلا الحق المضمون لا يخ اما ان يكون
حالا او مؤجلا ثم اما ان يضمنه الضامن حالا او مؤجلا وعلى تقدير ضمان المؤجل مؤجلا
اما ان يكون الضمان تبرعا او بسؤال المضمون عنه فالصور اثنتي عشر كلها جائزة على الاقوى
على ان موضع الخلاف فيها غير محرر فان اطلاق عبارة المص ان الضمان متى كان مؤجلا فا
لاجماع منعقد على جوازه وهو شامل لما كان الحق مؤجلا مع قصور اجل الضمان ومساواته
ويؤيد ما ذكر ولا ظهور عبارة النافع في دعوى الاتفاق على الصحة هنا فانه صرح بان

الضمان

فانه صرح بان الضمان المؤجل جائز اجماعا وقدم
الاجل الثاني ... بازاء الاول
او انقص او زيد وعلى التقادير
الا ان يكون

الضمان المؤجل جائز وفي المعجل قولان اصحهما الجواز وثانيا ظهور عبارة مجمع الفائدة المتقدمة
في دعوى الاتفاق عليه ايضا وثالثا ظهور كره على ما حكاه في مجمع الفائدة في دعوى الاتفاق
عليه ورابعا ظهور لك في دعوى الاتفاق عليه ايضا لانه لم يحك خلافا الا في الصورة الثانية
نعم يظهر من التنقيح وجود الخلاف هنا فانه صرح بان الدين ان كان مؤجلا وضمن مؤجلا فالاجل
الثاني ان كان ازيد صح اجماعا وان كان مساويا فكذلك على الاقوى وان كان انقص فعند ما
نفى بعض الخلاف كما سبق والاقوى الصحة ولعل المخالف ما اشار اليه في لك قائلا بعد
ما حكينا عنه سابقا وتعليل المانع من الحلول يقتضي المنع من هاتين الصورتين لانهم عللوا
المنع من الحال على ما نقله في لك وغيره بان الضمان ارفاق فالاخلال به يقتضي تنويع المطالبة
للضامن فيتسلط على مطالبة المضمون عنه في الحال فينتفي فائدة الضمان وهذا التعليل
بعينه ات في الاجل المساوي والقاصر ويقتضي ان الضامن لو كان متبرعا لم يضر لانتفاء المانع
من التسلط على المضمون عنه والشيخ فخر الدين منع من ضمان الحال لا لمجرد العلة بل لانه ضمان ما
لم يجب وهو شامل للاجل القاصر عن اجل الدين كما هو شامل ومخرج للمساوي وبالجملة فاطلاق كلام
الشيخ واتباعه يقتضي ما افاده المص وتعليلهم يدل على اختصاصه بغير الصورتين المذكورتين واما
الضمان حالا فان كان الدين مؤجلا فقد اتفق المضمون على منعه نصا وتعليلا وان كان حالا
فالشيخ فخر الدين واتباعه جوزوه لوجوب الحق كغيره وعند العلامة بالارفاق مختلف وقد ظهر
بذلك ان محل النزاع غير محرر والحق ان الخلاف واقع فيما عدا المؤجل الحال والزايد اجله عن اجل الاصل
حالا او باجل دون الاجل الاول وينبغي المفسدة على امور الاولى اذا ضمن الدين الحال واطلق
ولم يقيده بكونه حالا او مؤجلا فالظاهر صحة هذا الضمان وانه ينصرف الى الحال كما صرح به في كره لان
المتبادر من الاطلاق ذلك الثاني اذا ضمن الدين المؤجل واطلق ولم يقيد الضمان بكونه حالا
او مؤجلا فالظاهر صحة هذا الضمان وانصرافه الى اجل يساوي اجل الدين والقدر الباقي منه
لا الزائد عليه ولا الناقص عنه كما صرح به في التذكرة لان المتبادر من الاطلاق ذلك كما لا يخفى

الثالث اذا ضمن المؤجل حالا او باجل دون اجل الدين المضمون وكان الضمان بسؤال المضمون عنه
من الضامن ان يضمن كذلك وان يضمن من غير اشارة الى احد القيدين المذكورين فهل يحل
عليه او ببعض الاجل ولا فيه بحثا سابقا في المسالك قائلا بقي في المسألة بحث آخر وهو انه
على القول بجواز ضمان المؤجل حالا او بالاجل دون الاجل الاول لو اذن المضمون عنه للضامن
في ضمانه كذلك ومطلقا فهل يحل عليه الدين او ينقص الاجل على نفسه بضمان الضامن له كذلك
ام يبقى عليه الاجل كما كان فلا يرجع عليه الضامن الا بحلوله وان ادى قبله وجهان احدهما الرجوع عليه
كما ادى في الحالين اما مع التصريح بالاذن حالا فلان الضمان في حكم الاداء وقضى اذن المديون
لغيره في قضاء ذمته معجلا نقضا باستحقاق مطالبته ولان الضمان بالسؤال موجب لاستحقاق
الرجوع على وفق الاذن واما مع الاطلاق فلشمولها التعجيل فيكون ماذونا فيه ضمنا لانه
بعض ما يدل عليه اللفظ وثانيهما التفصيل فيرجع عليه حالا مع التصريح لا مع الاطلاق اما
الاول فلما مر واما الثاني فلان الاطلاق انما اقتضى الاذن في الضمان وذلك لا يقتضي
حلول الحق على المضمون له عنه لانه لا يحل الا باسقاطه او اشتراطه في عقد لازم وهو منتف
ولا دليل في الاذن المذكور على حلول الاجل باحدى الدلالات والاصالة بقاء الاجل وهذه
الوجوه اشتر مع التصريح له بالضمان حالا ان لم يصرح له بالرجوع عليه حالا الاتم وثالثها عدم
الرجوع عليه الا بعد الاجل مطلقا لما ذكر ولان الاذن في الضمان وان كان حالا انما يقتضي حلول
ما في ذمة الضامن ولا يدل على حلول ما في ذمة المضمون عنه باحدى الدلالات وهذا هو
الاقوى واعلم ان العلامة قطع في التذكرة الاخيرة لم يذكر غيره وفي القواعد استشكل في الحلول
بالسؤال فقطع ولده بان الاشكال انما هو مع الاطلاق لا مع التصريح بالسؤال حالا فانه يقتضي
الحلول على المضمون عنه وقطع المحقق الشيخ على بصحته وهو ان الاشكال انما هو مع التصريح بالحلول
اما مع الاطلاق فلا اشكال في عدم الحلول وهو موافق لما في التذكرة فانه قطع بعدم الحلول
مع الاطلاق واستشكل مع تصريحه بالتعجيل ثم استقرب عدم الحلول والحق ان الاشكال مانع

على التقديرين

على التقديرين والاقرب عندي ما صار اليه في المسالك من الوجه الثالث الرابع اذا كان الدين
حالا فضمنه مؤجلا ومات الضامن قبل انقضاء الاجل حل الدين المؤجل الذي على الضامن
واخذ من تركته كما صرح به في التحرير وعد والتحرير والجامع وجامع المقاصد وذلك لما اشار اليه
في ذلك من عموم ما دل على ان الميت يحل عليه من الديون وصرح في عد وجامع المقاصد بانه
يحتمل ثبوت مطالبة المضمون عنه حيث اخذ من التركة وهو جيد وقد صرح به في ذلك ايضا
محتجا بان الدين عليه حال لعدم حصول ما يقتضي تاجيله عليه لان المؤجل هو الدين الذي
في ذمة الضامن لا الذي في ذمته الا ان الضامن لما لم يستحق الرجوع الا بالاداء وكان موته
مقتضيا لحلول دينه فاذا اخذ من تركته زال المانع من مطالبته المضمون عنه ثم صرح بان
مثل المفروض ما لو دفع الضامن الى المضمون له الحق قبل حلول الاجل باختياره فان له مطالبة
المضمون عنه لما ذكر وهو جيد ايضا ثم صرح بان هذا بخلاف ما لو كان مؤجلا على المضمون عنه
فضمنه الضامن كذلك فانه بحلوله عليه بموته لا يحل على المضمون عنه لان الحلول عليه لا يستدعي
الحلول على الآخر وهو ايضا جيد وقد صرح بها ايضا في عد وجامع المقاصد بانه يجبر الحاكم من التركة
بقدر الدين اي يمنع الوارث من التصرف فيه حذرا من ضياع ما يؤديه الضامن وزاد في الثاني
قائلا وانما جاز ذلك لان هذا القدر من التركة مستحق بالدين الذي في ذمة الاصيل غايته
ما في الباب تلبس الضامن اخذه هنا الا بعد الاداء المتوقف على الحلول وما ذكراه جيد
ثم صرحا بانه لو تلف في يد الوارث كان النماء له واحتج عليه في الثاني بان التركة باق على ملك
الوارث فان الدين لا يمنع الملك الا بعد القبض والتركة مع الدين على ملك الوارث وعلى هذا يجب
الاداء من باقي التركة وان تصرف فيها الوارث منهل متى حصل الضمان على الوجه
المعتبر شرعا فانه يجوز للضامن ان يرجع على المضمون عنه بما دفعه الى المضمون له ان ضمن
باذن المضمون عنه وسؤاله كما في الغنية والشرائع والنافع وعد والتحرير والتبصرة والارشاد
واللمعة وضه ولك والكفاية والرياض وله وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها

بتصريح الغنية بدعوى الإجماع عليه ويعضده أولاً تصريح الرياض بأنه حكى بعض دعوى الإجماع على ذلك
عن السرائر وكره وثانياً تصريح التنقيح بأنه مذهب علمائنا وثالثاً تصريح الكفاية وغيره بأنه مذهب
الأصحاب ورابعاً تصريح الرياض بأنه لم نجد فيه خلافاً ومنها خبر الحسين بن خالد الذي تمسك
به في الرياض قال قلت لأبي الحسن عليه السلام جعلت فداك قول الناس الضامن غارم فقال ليس
على الضامن غرم إنما الغرم على من أكل المال ومنها خبر عمر بن يزيد الذي تمسك به في الرياض
ووصفه كغيره بالموثقية قال سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن ضماناً ثم صالح عليه
قال ليس له إلا الذي صالح عليه ومنها ما أشار إليه بعض الأجلة قائلاً روى ابن إدريس
في مستطرفات السرائر من كتاب عبد الله بن بكير عنه قال سألت أبا عبد الله عن رجل ضمن ضماناً ثم
صالح على بعض ما ضمن عنه فقال ليس له إلا الذي صالح عليه وقد صرح في الرياض بأنه كما بعدها ظاهر الدلالة
على المراد من حيث الإطلاق فيها الشامل للصورتين الإذن في الأداء وعدمه لانفكاك الإذن في الضمان والأداء
على الالتزام بالعوض بشيء من الدلالات فيبقى أصالة عدم جواز الرجوع سليمة عن المعارض وقد صرح
بما ذكر في مجمع الفائدة لأنا نقول لا نسلم عدم الدلالة وقد اعترف بها في مجمع الفائدة في مقام قائلاً الإذن في
الضمان معناه لزوم العوض للضامن بعد الأداء وأنه بمنزلة قوله أدّ عني وعليّ عوضه سلّمنا ولكن يجب
الخروج عن الأصل بما بيّنا من الأدلة الدالة على جواز الرجوع وينبغي التنبيه على أمور الأول إذا ضمن بإذن
المضمون عنه وأدى بغير إذنه جاز للضامن الرجوع عليه أيضاً كما صرح به في الغنية والشرائع والتحرير ولك و
الكفاية والرياض وهو ظاهر النافع والتبصرة والإرشاد واللمعة وضه بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه ونبه على
الغنية ولك والكفاية وغيرها دعوى الإجماع عليه ويدل عليه مضافاً إلى ما ذكر إطلاق الأخبار المتقدمة
الثاني إذا تبرع بالضمان وضمن بغير إذن المضمون عنه فلا يرجع الضامن عليه كما نبه عليه في الغنية وفع
ويع والتحرير والإرشاد وعد واللمعة وجامع المقاصد وضه والرياض ولهم وجوه منها ما ذكره
الرياض من أصالة عدم جواز الرجوع وبراءة ذمة المضمون عنه لانتقال الحق عن ذمته إلى ذمة الضامن
ولا دليل على اشتغال ذمة المضمون عنه للضامن بما أداه وأما إطلاق الأخبار المتقدمة الدالة

على جواز

على جواز الرجوع فلا يصلح للمعارضة أما أولاً فلضعف سند أكثرها بل جميعها عند جماعة فتأمل
وأما ثانياً فلانصرافها إلى صورة الإذن بالضمان لغلبتها كما صرح به في الرياض وأما ثالثاً فلاعتضاد
الأصل بما أشار إليه الأستاذ ومنها ظهور الاتفاق عليه ومنها حكاية الرياض عن
الغنية والسرائر وكره والتنقيح وك دعوى الإجماع عليه ولا فرق في عدم جواز الرجوع
ح بين أن يؤدي بإذنه أو لا كما صرح به في يع وعد والتحرير وضه وجامع المقاصد وغيرها
وهو ظاهر إطلاق الغنية بل الظاهر أنه مما لا خلاف فيه وكذا لا فرق في ذلك بين أن يكون من
نيته الرجوع أو لا كما هو ظاهر إطلاق كلام الأصحاب لأنا لا نجوّز الرجوع للضامن بلا إذن
سواء نوى الرجوع أم لم ينو شيئاً كما هو ظاهر إطلاق كلام الأصحاب ولو نوى عدم الرجوع
فنفي الرجوع ح إشكال وإن كان مقتضى إطلاق كلام الأصحاب الرجوع الرابع إذا أجاز له
الرجوع فإن أدى بقدر ما ضمنه فلا إشكال ولا خلاف في أنه لا يستحق إلا هذا المقدار
من غير زيادة ولا نقيصة وإن أدى أزيد مما ضمنه فلا يرجع بهذه الزيادة على المضمون عنه
للأصل وظهور الاتفاق عليه وعموم ما دل على نفي الضرر وإن أدى أقل مما ضمنه وذلك
إما لإسقاط الزائد بالصلح مع المضمون له أو لإبرائه عنه فهل يرجع على المضمون عنه بما
ضمنه أو بما أداه صرح بالثاني في يع وفع ولف وعد والإرشاد واللمعة وجامع المقاصد
وضه ولك ومجمع الفائدة والرياض وحكى عن الإسكافي خلافاً في ذلك وهو ضعيف بل
المعتمد هو القول الأول الذي عليه المعظم ولهم وجوه منها أن الأصل براءة الذمة عن
وجوب إعطاء الزائد على ما أداه لا يقال المضمون عنه قد اشتغلت ذمته للضامن
بتمام ما ضمنه بمجرد ضمانه في الضمان وقبوله منه فالأصل بقاؤه لأنا نقول لا نسلم اشتغال
ذمة المضمون عنه إلا بعد أداء الضامن فالأصل براءة الذمة الأول إلا بمقدار ما أداه الثاني
وقد أشار إليه في الرياض مدعياً اختصاص الفتاوى والإجماعات المحكية بما أداه خاصة ومنها
نسبة ذلك في الكفاية إلى الأصحاب الظاهرة في دعوى الإجماع عليه ويعضدها أولاً التصريح

بدعوى الشهرة عليه قلت وثانيها تصريح الرياض بانه مما لا خلاف فيه في الجملة وبان خلافا لا في
في بعض الصور شاذ ومنها ما اشار اليه في الرياض من خبري عمر بن يزيد وعبد الله بن
بكير المتقدمين ومنها ما تمسك به في لف من ان الضمان وضع للارفاق والرجوع باكثر مما
دفع مناف له فلا يصح الخامس لو وهب المضمون له الضامن وابرأه من الحق المضمون لم يرجع
الضامن على المضمون عنه ولو كان الضمان باذنه كما في النافع والارشاد وجامع المقاصد
وكذا لم يرجع المضمون له على المضمون عنه كما صرح به في الرياض للاصل بناء على المختار من ان الضمان
ناقل لا ضم السادس لو ادى الضامن المأذون تمام ما ضمنه للمضمون له وقبضه اياه ثم وهب
جميعه او بعضه للضامن يجوز له الرجوع على المضمون عنه بجميع ما اداه كما صرح به في لك محتجا
بصدق اداء الجميع وبعضه وظهور الاتفاق عليه **منهل** الحقوق على اقسام الاول
ما هو مال ثابت في الذمة وقت الضمان ومستقر ليس بمتزلزل كالثمن بعد قبض المبيع وانقضاء
مدة الخيار والاجرة بعد انقضاء المدة والمهر بعد الدخول وهذا يصح ضمانه كما صرح به في الغنية
والوسيلة والشرايع والتبصرة والارشاد وعقد التحرير وكره والجامع واللمعة وضه ومجمع الفائدة
وغيرها ولهم وجوه احدها ظهور الاتفاق عليه وثانيها تصريح الغنية وكره بدعوى الاجماع
عليه وثالثها العمومات السليمة عن المعارض ولا فرق في ذلك المال بين ان يكون من الدراهم او
الدنانير او غيرها من سائر الاموال التي تستقر في الذمة مثلية كانت او قيمية والثاني
ما هو مال ثابت في الذمة ولكنه متزلزل غير مستقر وهذا القسم يصح ضمانه فيصح ضمان كل ما
ثابت في الذمة سواء كان مستقرا ام كان متزلزلا ومعرضا للبطلان وقد صرح بهذا التعميم
في الغنية والوسيلة ويع والارشاد وعقد كره ويع وضه والكفاية ومجمع الفائدة وهو ظاهر
اللمعة ولك وجامع المقاصد بل لك انه مما لا خلاف فيه وهو المحكي مضافا الى العمومات وعد في
الغنية والارشاد وعقد كره والكفاية الثمن في مدة الخيار واحتج عليه في الاول بقوله لم يزعم
غارم ولا اولم يفصل وهو جيد وهؤلاء اطلقوا وفصل في الشرايع والتحرير قائلين يصح ضمان

كل مال

كل مال ثابت في الذمة سواء كان مستقرا كثمن المبيع بعد انقطاع الخيار او معرضا للبطلان كالثمن بعد
قبضه في مدة الخيار ولو كان قبل القبض لم يصح واشار الى وجهه في لك قائلا في شرح عبارة يع
قد تقدم ان عقد البيع يفيد تملك البائع الثمن والمشتري المبيع وان كان هناك خيار والبيع يوجب
للاشتراء وان لم يكن مستقرا فيصح ضمان الثمن للبايع عن المشتري والمشتري عن البايع اذا قبضه لجواز
ظهور المبيع مستحقا وهو المعبر عنه بضمان العهدة فقوله المص كالثمن في مدة الخيار بعد قبض الثمن يريد
انه يصح ضمان الثمن في مدة الخيار وبعد قبضه وهذا الضمان قد يكون للبايع القابض له بان يضمن
له عهدته على تقدير ظهور المبيع مستحقا ليرجع به وعلى التقديرين فالضمان انما هو لعهدته لا له
نفسه فقوله كالثمن تشبيه للحق الثابت المتزلزل لا للمضمون اذ المضمون عهدته لا هو نفسه والفرق
ظاهر في اللفظ والمعنى اما اللفظ فالعبارة عن ضمان الثمن ضمنت لك الثمن الذي في ذمته
مثلا ونحوه وضمان العهدة ضمنت لك عهدته او دركه ونحو ذلك واما المعنى فظاهر اذ ضمانه نفسه
يفيد انتقاله الى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه منه وضمان العهدة ليس كذلك انما يفيد ضمان دركه على
بعض التقديرات وقوله ولو كان قبله لم يصح ضمانه عن البايع اي لا يصح ضمان الثمن عن البايع قبل قبضه له على
تقدير ظهور المبيع مستحقا ولو قبض البايع الثمن فانه ضمان ما لم يجب لانه لم يدخل تحت يد البايع حال
الضمان ليضمن عهدته فيكون كالرهن ما سيستدينه ونحوه وهو ليس ضمان عهدة واحترز بقوله
عن البايع عن ضمانه عن المشتري فانه جائز سواء كان الضمان لنفسه بحيث ينتقل الى ذمة الضامن
كما لو لم يكن معينا في العقد ام لعهدته كان يضمن للبايع عن المشتري عهدة الثمن لو ظهر مستحقا فانه
يبطل البيع ولا معنى لضمان عهدته للبايع انما يحتاج البايع الى ضمان عهدة المبيع نعم لو كان الضمان
ح لجواز كونه معيبا على التقديرين وقد ظهر لك ان المراد بالعبارة بضمان الثمن ضمان عهدته
في اكثر الصور وربما اراد ضمانه نفسه في بعض مفهوماتها فوقعت مجملة تحتاج الى التفصيل وعد
في عد وكره والجامع من هذا القسم المهر قبل الدخول وهو جيد وصرح في الثالث بانه يتحقق فسخ
النكاح هنا وفسخ البيع في المثال الاول بطل الضمان لبطلانه اصله وهو جيد وعد في الثاني

من هذا القسم الاجرة قبل انقضاء المدة قالوا هذا القسم يصح ضمانه لانه لازم في الحال وان جاز
ان يسقط كما يسقط المستقر بالابراء ونحوه والثالث ما هو مال ليس بثابت ولا لازم ولكن
يؤول الى الثبوت واللزوم وقد اختلف الاصحاب في صحة هذا الضمان على قولين الاول انه لا يصح فقد شرط
في صحة الضمان ثبوت المال في ذمة المضمون عنه حين العقد وهو لا ثبوت له وكذا في الجامع وجامع المقاصد
ومجمع الفائدة وهو ظاهر الغنية وقضية المحكي عن ... والثاني انه يصح وهو ظاهر الوسيلة والتبصرة و
التحرير بعد ... والمحكي عن ط واستظهره في لك من عبارة يع بعد تصريحه باحتمالها الكل من القولين
وعد من هذا القسم مال الجعالة قبل الفعل وما شرط وقد صرح بصحة ضمانه بالخصوص في التحرير وعد
ولف وهو ظاهر المحكي في لف عن ط وصرح في الجامع وجامع المقاصد والته ومجمع الفائدة بعدم الصحة
وفصل في التذكرة فقالوا ما ليس بلازم في الحال ولا مصيره الى اللزوم والاصل وضعه الجواز كمال الجعالة
فقولوا ان ضمن قبل الشروع في العمل لم يصح لانه ضمان ما لم يجب اذ العقد غير لازم والمال الثابت في العقد
غير ثابت في الذمة فكيف يلزم فرعه وان ضمن بعد فراغ العمل واستحقاقه المال صح ضمانه قطعا لانه
قد ثبت وجوبه واذا ضمن بعد الشروع في العمل وقبل اتمامه فالاقرب جواز الضمان لوجود سبب الوجوب
وانتهاء الامر فيه الى اللزوم كالثمن في مدة الخيار واصح الوجهين عند الشافعي المنع لان الموجب للجعل
العمل وبه يتم الموجب فكانه لا ثبوت له قبل العمل للقول الاول وجوه منها عموم قوله تعالى اوفوا
بالعقود ومنها عموم قوله ص المؤمنون عند شروطهم ومنها ما اشار اليه في كره ولف قال في الشيخ
يصح ضمان مال الجعالة والمسابقة لقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم واشار اليه في لك فقال لا
نعم في قوله تعالى ولمن جاء به الآية دلالة على جواز ضمان مال الجعالة قبل العمل لانه ضمنه قبله وقد استدل
الفقهاء بهذه الآية على مسائل من الجعالة والضمان فليكن هذا منها الا ان البحث في ذلك مجال اولا
انا ... لا يلزم من ثبوت حكم في الشرايع السابقة ثبوته في شرعنا واصالة الاشتراك
هنا ممنوعة لفقد الدليل عليها من شيء من الادلة الاربعة وقد صار الى هذا طائفة من الاصوليين
واستدلال الفقهاء بالآية الشريفة فيما ذكر من المسائل لا يكون حجة ثانيا ولا نعلم معلومية بلوغه

خلاف الاجماع ولكنه موجب للظن والاصل فيه الحجية واما الثاني فبانه احتمال بعيد في الغاية فلا عبرة به
ومنها ما اشار اليه في لف من قوله ص الزعيم غارم ومنها ما ذكره في لف من ان الحاجة ماسة
الى هذا الضمان فكان جائزا كما لو كان كقوله الق متاعك وعلي ضمانه ومنها ما ذكره في لف وكره
من ان مال الجعالة وان لم يكن لازما ولكن يؤول الى اللزوم فكان جائزا واشار الى هذا في لك فقال الاوجه
الصحة لانه وان كان عقدا جائزا والمال فيه ليس بلازم حالا الا انه يؤول الى اللزوم بتمام العمل وقد وجد
سبب اللزوم وهو العقد فيكون كالثمن في مدة الخيار ثم اورد عليه بقوله وفيه نظر لمنع وجود السبب
ولم يحصل به ثبوت ولا لزوم فان ما بقي من العمل ومجموعه على تقدير عدم الشروع فيه لم يستحق بسببه
شيء وما مضى منه كذلك لانه لو ترك الباقي لم يستحق شيئا فيكون الباقي بمنزلة الشرط في استحقاق
الجميع والفرق بينه وبين الثمن في مدة الخيار واضح لان الثمن ح ثابت في ذمة المشتري مملوك للبائع
غايته ما في الباب انه متزلزل وماله لو انقضى على حاله من غير فعل اصلا الى اللزوم بخلاف مال الجعالة
فانه لا ثبوت له اصلا الى ان يكمل العمل فالمتجه عدم الجواز وقد اشار الى ما ذكره في لف وجامع المقاصد
ايضا وفيه نظر وللقول الثاني وجوه ايضا منها الاصل وفيه نظر لانه مدفوع بالعمومات المتقدمة و
منها ما اشار اليه في لك من ان عقد الجعالة من العقود الجائزة يصح لكل من الجاعل والعامل فسخه
قبل العمل ومن احكامها ان العامل لا يستحق المال المجعول الا بتمام العمل فلو بقي منه شيء وان قل فليس له
شيء بخلاف الاجارة حيث ان اجرتها موزعة على العمل بالنسبة فضمان مال الجعالة ان كان قبل تمام العمل ضمان
لما لم يجب وهو باطل واليه اشار في التذكرة وجامع المقاصد وقد ناقش فيه بالمنع من كلتا المقدمتين الصغرى
والكبرى ومنها ما ذكره في كره من ان الضمان شرع لوثيقة الدين فلا يسبق وجوبه كالشهادة وفيه نظر
وللقول الثالث ما ذكره في كره والمسألة محل اشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط وان كان
القول الثاني في غاية القوة ولا اشكال في صحة ضمان مال الجعالة بعد تمام العمل وقد صرح بها في التبصرة
وكره وجامع المقاصد وهو ظاهر الجامع ومجمع الفائدة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه ولعله لذا قطع بها
في الثاني والثالث واحتج عليه في الاول بقوله تعالى ولمن جاء به الآية وبقوله ص الزعيم غارم الرابع

ما هو مال ولكنه ليس بثابت ولا يؤول الى الثبوت كمال يريد استعادته وثمن ماله يريد ابتياعه ونحو ذلك
ولا يصح ضمان ما ذكر كما يظهر من الغنية والوسيلة والشرائع والتبصرة وكره والتحرير وعد والمعتمد و
الجامع وجامع المقاصد ولك وضه ومجمع الفائدة والكفاية بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه ويدل
عليه مضافا الى ما ذكره ما دل على انه لا يصح ضمان ما لم يجب فيشترط في صحة الضمان الثبوت او
الأول اليه كما صرح به في التبصرة وكره وعد الخامس ما هو ليس بمال ولا هو مما يصح تملكه شرعا ولا
يصح ضمان هنا فيشترط في صحة الضمان المالية كما صرح به في عد وكره وهو ظاهر الشرائع وكره
والتحرير وعد والمعتمد والجامع وجامع المقاصد وضه والكفاية ومجمع الفائدة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه
وانما اطلق في الغنية والوسيلة والتبصرة والارشاد صحة ضمان الحق الشامل وغيره لظهور ان المراد
منه هنا المال الذي يصح تملكه شرعا وصرح في التذكرة على ما ذكرنا مؤديا قائلا يشترط المالية فلا
يصح ضمان ما ليس بمال والضابط ان يكون مما يصح تملكه وبيعه وكما لا يصح بيع الحشرات والربويات
وغيرها مما تقدم كذا لا يصح ضمانها وهو جيد وينبغي التنبيه على امور الاول لا اشكال في
صحة ضمان مال السبق والرماية بعد العمل وقد صرح بنفي الشبهة فيه في لك وايضه وهل يصح ضمانه
قبل العمل او لا صرح بالثاني في الجامع وبالاول في جامع المقاصد ولك واطلق جواز ضمان مال
السبق والرماية في التحرير وعد واستظهره في لك من يع وتردد فيه وفصل هنا في التذكرة قائلا
اما مال المسابقة والمناضلة فمبني على ان عقدها جعالة او اجارة فان كان اجارة صح ضمانه
وان كان جعالة فهو كضمان الجعل وقال الشيخ يصح ضمان المسابقة لانه يؤول الى اللزوم اذا عمل
العمل ولقوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم وكلامه يشعر بجواز الضمان قبل الشروع في العمل
وقد صرح بما ذكره من التفصيل في جامع المقاصد ايضا ولكنه صرح بالجواز متمسكا بانه اجارة وكذا
صرح بذلك في لك ايضا الا انه صرح بان الاقوى انه عقد لازم كيف فيلزم المال بالعقد ويصح ضمانه
وما ذكره من الصحة على اي تقدير هو الاجود ولكن الاحوط الترك الثاني صرح في التحرير بانه لو
ضمن العمل في الجعالة والسبق فانه لا يصح وهو جيد الثالث يصح ضمان ارش الجناية سواء كان

نقودا

نقودا وحيوانا او غيرهما كما صرح به في التذكرة والتحرير وعد وجامع المقاصد بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بل
صرح بدعوى الاتفاق عليه في كره قائلا يصح ضمان ارش الجناية عندنا سواء كان من النقدين او من
الابل وغيرها من الحيوانات لانه ثابت مستقر في الذمة فصح ضمانه كغيره من الحقوق الثابتة في الذمة كغير
الحيوانات من الاموال واشار الى الوجه الاخير في جامع المقاصد ايضا وصرح في كره بانه اذا كان الضمان
بحيث تقتضي الرجوع كما اذا ضمن بسؤاله فانه يرجع بالحيوان وهو جيد ثم صرح بصحة ضمان الدية التي
على العاقلة قائلا وهل يصح ضمان الدية على العاقلة قبل تمام السنة الاقرب جوازه لان سبب الوجوب
ثابت وحكي في جامع المقاصد عن بعض الشافعية المنع من ضمانها لجهالته الرابع يصح ضمان مال السلم
كما صرح به في التحرير وعد وكره وجامع المقاصد بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما اشار اليه في كره بقوله
السلم يصح ضمانه عندنا ثم احتج عليه بانه دين لازم فيصح ضمانه كالقرض وقد صرح بما ذكره في الاول ذكره
منهل هل يصح ضمان مال الكتابة المشروطة والمطلقة او لا اختلف الاصحاب في ذلك على قولين
احدهما انه لا يصح وهو المحكي في جملة من الكتب عن الشيخ واختاره في الجامع ايضا وثانيهما
انه يصح وهو للشرائع وكره والارشاد وعد وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة للاولين
ما تمسك به الشيخ في ط على ما حكي في لف قائلا منع الشيخ في ط ضمان مال الكتابة لانه ليس بلازم
في الحال ولا يؤول الى اللزوم لان للمكاتب اسقاطه بفسخ الكتابة للعجز فلا يلزم العبد في الحال ولا يؤول
الى اللزوم لانه اذا اداه عتق واذا عتق خرج من ان يكون مكاتبا فلا يتصور ان يلزمه في ذمته
مال الكتابة بحيث يكون لازما لا اشاع من ادائه فهذا المال لا يصح ضمانه لان الضمان اثبات مال في ذمته
فالتزام لادائه وهو فرع المضمون عنه فلا يجوز ان يكون ذلك المال في الاصل غير لازم ويكون في الفرع
لازما فلهذا منعنا من صحة ضمانه وهذا الخلاف فيه وقد تمسك بالوجه المذكور في الجامع ايضا و
اجاب عنه في جامع المقاصد ولك اولا بالمنع من المقدمة الاولى من ان له اسقاطه بل يجب عليه القيام
بالمال لانه صار دينا عليه وقد صرح في الكفاية بان الاشهر بين الاصحاب ان عقد المكاتبة لازم من الطرفين
وقد صرح بهذا الجواب في التذكرة والتحرير ايضا وكذا صرح به في لف ايضا قائلا ونمنع عدم لزوم مال

الكتابة وتجدد الفسخ بالعجز ليس اقوى من تجدد الفسخ بالخيار فكما لم يمنع هنا من الضمان فكذا هنا و الشيخ
بنى ذلك على مذهبه من عدم لزوم مال الكتابة وثانيا بانه لو تنزلنا الى الجواز فالصحة متجهة ايضا لان
المال ثابت في ذمة المكاتب بالعقد غايته انه غير مستقر كالثمن في مدة الخيار فعلى هذا متى ضمنه ضامن
انعتق لانه في حكم الاداء بناء على انه ناقل وامتنع التعجيز كما لو ادى المال بنفسه وزاد الثاني قائلا ولا يبعد
تحصيل الفرق بينه وبين الثمن في زمن الخيار فان اداء الثمن لا يمنع الخيار وغاية الضمان انه قبض فلا يمنع
طرو تقايل ومن هنا اشكل على تقدير الجواز لانه يؤدي الى اللزوم قهرا على المكاتب بناء على عدم اشتراط
رضى المضمون عنه فينافي الغرض من بناء الكتابة على الجواز من طرف المكاتب والاصوب ما تمسك
به في الشرائع وكره وجامع المقاصد ومجمع الفائدة من ان مال الكتابة مال ثابت في ذمة العبد فيصح
ضمانه كسائر الديون التي عليه وعلى غيره للعمومات نصا وفتوى والاقرب عندي ما صار اليه من
القولين الثاني وكذا الاقرب صحة ضمان مال الكتابة المطلقة كما هو مقتضى اطلاق الشرائع والتحرير
والارشاد وكره وعد وجامع المقاصد بل صرح في لك بنفي الخلاف فيه قائلا واعلم ان موضع الخلاف
الكتابة المشروطة اذ لا خلاف في لزوم المطلقة فالاطلاق ضامن لها غير جيد ويؤيد ما ذكره ما اشار
اليه في مجمع الفائدة بقوله لعله لا خلاف في الصحة الا في الكتابة المشروطة ولا يقدح فيما ذكراه ظهور
عبارة يع ولك وعد والتحرير وكره وجامع المقاصد في ان محل الخلاف في المسئلة الاعم من المطلقة
والمشروطة لعدم تقييدها اياه بالمشروطة ثم

منهل يصح ضمان نفقة الزوجة
الماضية وكذا يصح ضمان نفقتها الحاضرة وهي نفقة اليوم الحاضر ولا يصح ضمان نفقتها المستقبلة
كنفقة الغد والشهر والسنة المستقبلة وقد صرح بالاحكام الثلثة في يع ود وعد والتحرير وكره
والجامع وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة والكفاية وحكاها في لف عن المبسوط وابن البراج
بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما اشار اليه في مجمع الفائدة قائلا لعله لا خلاف في جميع ما ذكر وصرح بنفي
الخلاف فيها بعض الاجلة واحتج على الاول في الشرائع وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة بان الماضية
ثابتة في ذمة الزوج ومستقرة بمضي الزمان فانها عوض عن التمكين واحتج على الثاني في التحرير وكره

والجامع

والجامع بانها تجب باول اليوم واليه اشار في لك قائلا لما كانت نفقة الزوجة تستقر في الذمة بفواتها
لانها عوض عن التمكين وتجب في كل يوم حاضر بطلوع فجره صح ضمان الماضية والحاضرة ثم صرح
بان الحاضرة لا اشكال في وجوبها وثبوتها في الذمة مع التمكين قائلا اما استقرارها ففيه نظر
مبني على انها لو نشزت في اثناء النهار هل تسترد نفقة ذلك اليوم ام لا وفيه خلاف فالو
ماتت وطلقها استقرب واشار الى ما ذكره من المحقق في جامع المقاصد ايضا واحتج على الثالث
في التحرير وكره وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة بان المستقبلة غير ثابتة وثبوتها لتوقف الضمان
الثبوت على التمكين وهو غير متحقق فيكون ضمانها ضمان ما لم يجب وقد يناقش فيه بانها وان
كانت غير ثابتة ولكنها ايلة اليه كمال الجعالة قبل العمل عند بعض ولذا صح في التحرير بان في الفرق
بين مال الجعالة قبل العمل وبين النفقة المستقبلة اشكالا فتامل وينبغي التنبيه على امور
الاول لا فرق في صحة ضمان الماضية بين ان يحكم بها حاكم اولا كما صرح به في التحرير وهو ظاهر
اطلاق ما عداه من الكتب المتقدمة الثاني لا فرق في ذلك ايضا بين ان تكون معلومة او مجهولة
كما صرح به في التحرير ولف وهو ظاهر اطلاق اكثر الكتب المتقدمة وحكى في الاول عن الشيخ في
بعض اقواله وابن ادريس المنع من صحة ضمان المجهولة وحكاه في الثاني عن الثاني ايضا قائلا وقال
ابن ادريس لا يصح ضمانها الا ان يكون معلومة لان ضمان المجهول على الصحيح من المذهب وعند
المحصلين من الاصحاب وهو قول باطل لما بينا من صحة ضمان المجهول الثالث صح في التحرير
بانه اذا ضمن النفقة الماضية وجب على الضامن نفقة مثل المرأة على قدر حال الرجل ثم حكى
عن الشيخ انه قال يجب نفقة المعسر وصح في التذكرة بانه يصح ضمان الماضية سواء كانت نفقة
الموسر او نفقة المعسر وقد حقق الكلام في هذه المسئلة في لف قائلا قال الشيخ في ط ومتى
ضمن النفقة فانما يصح مقدار نفقة المعسر لانها ثابتة بكل حال واما الزيادة عليها الى تمام نفقة
الموسر فهي غير ثابتة لانها تسقط باعساره وتبعه ابن البراج على ذلك وهو قول باطل فان
الضمان في النفقة على ما قدرناه انما يصح في الحاضرة والماضية والاعتبار ح بالنجح فانه ان كان

موسراً وجب نفقة الموسر وإن كان معسراً وجب نفقة المعسر ولا يسقط الزائد على نفقة المعسر
باعسار الموسر بعد وجوبه وإنما يتم ذلك على مذهب القائلين بصحة ضمان النفقة المستقبلة
وقول الشيخ في ط فإنه مذهب المخالف وتفريع على تسويغ ضمان النفقة المستقبلة وتبعه
ابن البراج توهماً أن ذلك فتواه وفيما ذكره نظر والأولى أن يقال أن الضامن فرع الزوج المضمون عنه
فكما تعلق بذمة الزوج من النفقة تعلق بذمة الضامن باعتبار ضمانه من غير زيادة ولا
نقيصة للأصل ولكونه مقتضى عقد الضمان قه الرابع هل المراد بالنفقة هنا ما يعم الكسوة وكلما
تستحقه الزوجة من الزوج بحيث يثبت لاشتغال الذمة بها أولاً أو معناها اللغوي المتبادر
لم أجد أحداً تعرض لبيان ذلك نعم صرح في كره بأنه يصح ضمان الأدام ونفقة الخادم وسائر المؤن
محتجاً بأنها تثبت في الذمة وتستقر بمضي الزمان وكيف كان فيصح ضمان ذلك المعنى العام الخامس
لا إشكال في أنه لا يصح ضمان النفقة لغير الزوجة من سائر الأقارب كالأبوين كما صرح به في عد
وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة وصرح به في كره أيضاً قائلاً أما نفقة القريب للمدة المستقبلة
فإنها أولى بالبطلان لعدم وجوبها وصرح ببعض الأولوية في لك وأشار إليها في جامع المقاصد
أيضاً وهل يصح ضمان نفقتهم الماضية أو لا الأصح في عد وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة با
لثاني وهو ظ كره واحتج عليه في لك بأن الفائت منها لا يثبت في الذمة فلا يصح ضمانه ثم
صرح كالتذكرة بأن الفرق بينها وبين نفقة الزوجة أن الغرض منها البر والصلة والمواساة
فتفوت بفوات الوقت بخلاف نفقة الزوجة فإنها معاوضة فسبيلها سبيل الدين وأشار
إلى ما ذكراه في جامع المقاصد ومجمع الفائدة أيضاً وهل يصح ضمان نفقتهم الحاضرة أو لا الأصح با
لأول في عد وكره ولك محتجين عليه بوجوبها بطلوع الفجر كالزوجة وإن عرض لها بعد ذلك
الزوال لو تركت التمكين ومال إليه في لك في مجمع الفائدة أيضاً وربما يظهر من جامع المقاصد أيضاً
وفيه إشكال فإنه يمكن المناقشة في الحجة المذكورة بأن ثبوت الوجوب بطلوع الفجر لا يقتضي
الثبوت في الذمة كالدين فإن الوجوب عم منقطعاً كما اعترفوا به في الماضية منهل

اختلف

قيمتها

اختلف الأصحاب في صحة ضمان الأعيان المضمونة التي يجب على من هي في يده ردها ولو تلفت رد
كالمغصوب والمقبوض بالبيع الفاسد والمقبوض بالسوم والعارية المضمونة والأمانة التي حصل فيها
التعدي أو التفريط فأطلق صحته في الإرشاد والتحرير من غير تردد ولا إشكال وأطلق جوازه في يع
بعد التردد فيه وكذا أطلق جوازه في عد أيضاً لكن على إشكال وصرح بعض الأجلة بأن المشهور الحكم بجواز
ضمان الأعيان المضمونة وأطلق المنع في الجامع من غير إشكال وتردد في المسألة في الكفاية والتحقيق
أن يقال أن ضمان الأعيان المضمونة يحتمل المقصود كما نبه عليه جماعة أحدهما أن يضمن ردها بأعيانها وقد
صرح بجواز الضمان بهذا المعنى في التذكرة محتجاً بأنه ضمان مال مضمون على المضمون عنه فيجوز وفيه نظر
أما أولاً فلما أورده عليه في جامع المقاصد ولك من أن الثابت في الذمة مع بقاء العين هو وجوب
ردها وهو ليس بمال وقد يجاب عنه بأن الضامن لم يضمن نفس وجوب الرد بل ضمن العين الموجودة
وغايته وجوب ردها فلا إشكال في أنه يصدق عليه أنه ضمن المال فتم وأما ثانياً فلما ذكره في لك
قائلاً بعد الإشارة إلى الإيراد الأول على ما في كره وفيه فساد من وجه آخر وهو أن من خواص الضمان
كما عرفت انتقال الحق إلى ذمة الضامن وبراءة المضمون عنه وهنا ليس كذلك لأن الغاصب مخاطب بالرد
مكلف به إجماعاً وإنما يفيد هذا الضمان ضم ذمة إلى ذمة وليس من أصولنا وقد يمنع كون ذلك
من خواص الضمان مط حتى مثل محل البحث بل هو من خواص ضمان الديون والحقوق المالية المستقرة
في الذمم ولا يلزم إليه لا انتفاء الكفالة من أفراد الضمان ما لم يتحد فيها تلك الخاصة نعم قد يمنع من
صحة هذا الضمان كما ذهب إليه في لك وجامع المقاصد بالأصل كما نبه عليه في مجمع الفائدة إلا أن يجاب
عنه بأنه قاعدة العمومات من نحو قوله تعالى أوفوا بالعقود وقوله الزعيم غارم وقوله المؤمنون عند
شروطهم وقد اعترف بهذا في مجمع الفائدة ويؤيد تلك العمومات أن العلامة في كره لم ينقل خلافاً
من أحد من الإمامية في صحة هذا الضمان وقوله تعالى وما على المحسنين من سبيل وقوله تعالى تعاونوا على
على البر والتقوى وإطلاقات الأوامر بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فتدبر ولا إنصاف أن
المسألة غير خالية من الإشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط وإن كان القول بالصحة في غاية

القوة للعمومات الدالة على الصحة كما اشار اليه في مجمع الفائدة فانه لا ضمان للاعيان المضمونة
بمعنى ان يضمن شخص ذا العين مع البقاء او القيمة مع التلف لما ما للقابض غير ظاهر
الصحة اذ الضمان على خلاف الاصل فيقتصر على محل الوفاق ويتحقق المعنى لما دل شرعا في
لينا بمعلومية ما نحن فيه اذ الضمان عندهم ناقل ووجوب الرد لا ينتقل بل يجب على القابض
ايضا على الط والقيمة غير ثابتة بتحتين وجود العين ولا معنى لضمان العين بدونهما ويحتمل
الثبوت لصدق الضمان عرفا مع ثبوت شرعيته مط وليس بمعلوم كون ما ذكره من لوازمه
او شرائطه نعم غالبا انما يكون كذلك ولهذا قال في التذكرة ضمان المال عندنا ناقل فيقع ضمان
الاعيان المضمونة والعهدة اشكال اقربه عندي جواز مطالبة كل من الضامن والمضمون عنه
الى اخره يعني ان احا جواز ضمان الاعيان المضمونة وارد عليه بعض الاجلة فانه وفيما
ذكره نظر فان الرجوع الى صدق الضمان عرفا ممنوع اذ لا مدخل للعرف هنا مع وجود المعنى
الشرعي وثبوته فتوى ونصا وثبوت شرعيته مط ممنوع ايضا لانه محل البحث ومطرح
النزاع فان الخصم يمنع من ثبوت شرعيته على الوجه المذكور وقولنا انه ليس بمعلوم كون ما ذكره
من لوازمه ومشير بذلك الى ما احتج به الخصم من ان مقتضى الضمان الانتقال الى ذمة
الضامن وبراءة المضمون عنه فيه ان الحكم اتفاق نصا وفتوى ودعوى كونه غالبا دون
ان يكون كليا ممنوعة وبالجملة فانه لما لم يقم هنا على صحة الضمان كما ادعوه دليل واضح فالمانع
مستظهر والاصل العدم ودعوى عموم ادلة الضمان لذلك ممنوع ولا يخفى ضعف هذا الايراد
فانه لا اشكال ان الضمان حقيقة عرفا على محل البحث وصيرورته حقيقة بحسب اصطلاح الفقهاء (في صدقه)
في غيره على تقدير تسليمها لا يمنع من حمل ما ورد في الاخبار من نحو قوله الزعيم غارم عليه
فان العرف الخاصة لا تعارض العام مسلما ولكن عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله ع
المؤمنون عند شروطهم يقتضيان الصحة في محل البحث وان قلنا بصيرورته لفظ الضمان
حقيقة في غيره مط ولو في العرف العام وبهما يندفع الاصل الذي اشار اليه واما ما ادعاه

من حصول

من حصول الاتفاق فتوى ونصا على الحكم المذكور فان اراد في الجملة فهو على تقدير تسليمه
لا يجدي وان اراد مط فهو اول الدعوى كيف لا وقد عرفت المخالفين فتم وثانيها
ان يضمن قيمتها لو تلفت عند الغاصب ومن كانت عليه مضمونة وفي صحة هذا الضمان
قولان احدهما الصحة وهو للتذكرة وغيرها لما تقدم اليه الاشارة واحتج عليه في الاول
بان ذلك مال ثابت في ذمة الغاصب فيصح الضمان وارد عليه في التنقيح وجامع
المقاصد ولك ومجمع الفائدة بان الثابت في الذمة هو كونها بحيث لو تلفت ثبت
في ذمة الغاصب قيمتها فالقيمة انما تثبت بعد التلف وضمانها قبله ضمان ما لم
يجب وهو فاسد وزاد في الثاني قائلا وايضا فانه كونه بحيث لو تلفت ضمنها حكم
شرعي تابع لوصف الغصب والاستعارة والتعدي في الامانة وهذا لا يمكن نقله
بالضمان لان الذي ينقل بالضمان هو الحق لا الحكم وفي كلا الوجهين نظر اما الاول
فلان القيمة المضمونة وان لم تكن ثابتة عند الضمان ولكنها آيلة الى الثبوت لوجود
السبب في ضمانها وهو الغصب وقد عرفت سابقا انه يكفي في صحة الضمان الثبوت
او الايل اليه فضمان ما لم يجب لا نسلم فساده مط على انه قد يدعى ثبوتها عند الضمان
وجود العين ولكنه لم يعلم به الا بعد التلف فيكون كاشفا عن تعلقها في الذمة كا
الاجازة في المعاملة الفضولية فليس التلف سببا في تعلق القيمة بالذمة حتى يدعى
استحالة تعلقها بها قبله لامتناع تقدم وجود المعلول على وجود العلة بل السبب
ما ذكر هو الغصب ونحوه من اسباب الضمان وعدم امكان رد العين في الواقع فتامل
واما الثاني فظاهر وثانيهما الفساد وهو لجامع المقاصد ولك وغيرهما ولهم وجهان
احدهما الاصل ويجاب عنه بانه لا يصلح لمعارضة العمومات الدالة على الصحة وثانيهما
انه ضمان ما لم يجب فيكون فاسدا ويجاب عنه بما تقدم اليه الاشارة فاذن القول الاول
في غاية القوة وان كان الاحوط الثاني وثالثها ان يضمن جميع ما في ذمة من ضمن

هذه الصورة

مثل الاعيان بالسبب من وجوب ردها مع بقائها وقيمتها مع تلفها وقد اشار الى
ذلك في ظاهره فساد الضمان وفيه نظر بل احتمال الصحة في غاية القوة لما تقدم

منهل لا يصح ضمان قيمة ما هو امانة لا تضمن الا بتعد او تفريط قبل حصولهما كالمضاربة والوديعة
والعارية الغير المضمونة والرهن والعين المؤجرة ومال الشركة وما في يد الوكيل والوصي والحاكم وامينه
والعين المدفوعة الى الصانع كما صرح به في الشرائع والارشاد وعد والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد
والمسالك ومجمع الفائدة ولهم وجوه منها الاصل ومنها ظهور الاتفاق عليه ومنها تصريح التذكرة
بانه مذهب علمائنا اجمع ومنها ما تمسك به في التذكرة من انها غير مضمونة العين ولا مضمونة
الرد وانما الذي يجب على الامين مجرد التخلية فاذا لم تكن مضمونة على ذي اليد فالايسار فيع بقوله
لانها غير مضمونة الاصل وفي المسالك بقوله لانها ليست مضمونة وان فرض ضمانها على تقدير التعدي
لان السبب الان ليس بواقع بخلاف الاعيان المضمونة فان سبب الضمان حاصل فيها باليد العادية
وينبغي التنبيه على امور الاول لا فرق في ذلك بين ان يضمن مثل الاعيان مطلقا او يضمنها
على تقدير التلف كما صرح به في جامع المقاصد محتجا بانتفاء ثبوت شيء في الذمة الان اذ ليست
مضمونة الظاهر ان ذلك مما لا خلاف فيه الثاني هل يصح ضمانها معلقا على التعدي والتفريط
او لا صرح بالثاني في التذكرة والتحرير والمسالك وهو جيد بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه واحتج عليه في
الاول بانه ضمان ما لم يجب ولم يثبت في الذمة فيكون باطلا كما لو ضمن عنه ما يدفع اليه غدا قرضا
فعلى هذا لو تلفت بتفريط او تعد او بغيرهما لم يلزم الضامن شيء الثالث يصح ضمانها بعد
حصول التعدي والتفريط فيها كما صرح به في التحرير والمسالك لصيرورتها بعد التعدي والتفريط من
الاعيان المضمونة وقد بينا صحة ضمانها وقد نبه على ما ذكرنا في المسالك ولا يصرفنا اطلاق اكثر
الكتب عدم صحة ضمانها الى هذه الصورة مع معارضته باطلاق ما دل على صحة ضمان الاعيان المضمونة
تعارض العمومين من وجه فيبقى عموم ما دل على الصحة سليما عن المعارض الرابع هل يصح ضمان
اعيانها بمعنى وجوب الرد او لا ربما يظهر من اطلاق المعظم الثاني وهو احوط ولكن الاول في غاية

القوة

القوة للعمومات وقوة احتمال انصراف الاطلاق المذكور الى غير محل البحث الا ان يدعى انصراف نفي
المنع هنا وفيه نظر منهل يصح ترامي الضمان وتسلسله كما في جامع المقاصد ومجمع الفائدة
وغيرهما بان يضمن ضامن ضامن ثم يضمن عنه وهكذا الى عدة ضمناء فيتسلسل وقد صرح بصحة
هذا الضمان في الشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد وعد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع الفائدة
والكفاية ولهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه في مجمع الفائدة بقوله الظاهر عدم
الخلاف عند الاصحاب في ذلك وفي الرياض بقوله لا خلاف في ذلك بيننا ويعضده ما ذكراه
ما صرح به في المسالك من انه لا شبهة في جواز ترامي الضمان متعددا ما امكن وثانيهما ما اشار اليه في
جامع المقاصد بقوله وجه صحته اطلاق النص وعدم المانع واليه اشار في المسالك والرياض وغيرهما
بقولهم لا مانع منه لتحقق شرطه وهو ثبوت المال في ذمة المضمون عنه وهو هنالك واليه اشار في
التذكرة قائلا يصح هذا الضمان لان الحق ثابت في ذمة الضامن كما هو ثابت في ذمة الاصيل فاذا جاز
ان يضمن عن الاصيل جاز ان يضمن عن الضامن لانتقال الضامن وتعلقه على الحق فلا يجوز ان يكون
له دون تعلقه كما لا يجوز ان يأخذ رهنا بالرهن لانا نقول الفرق ان الضمان حق ثابت في الذمة والرهن حق
متعلق بالعين والرهن لا يصح حتى يتعلق بالعين فافترقا وينبغي التنبيه على امور الاول
يصح ترامي الضمان لا الى غاية معينة فلا يشترط فيه غاية معينة كما صرح به في التذكرة وجامع المقاصد
والمسالك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه الثاني ينتقل المال في هذا الضمان من ذمة الضامن الاول الى ذمة
الثاني ويسقط مطالبة المضمون له للاصيل والضامن الاول كما صرح به في التذكرة مدعيا انه مذهب علمائنا
الثالث يرجع هنا كل ضامن على من ضمن عنه اذا كان الضمان عنه باذنه بما اداه عنه كما صرح به في
التذكرة والرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه ثم يرجع الضامن الاول على الاصيل ان ضمن باذنه كما
صرح به في المسالك ثم صرح في التذكرة بانه لا عبرة باذن الاصيل للثاني وما بعده في الضمان فلا يرجع
اذ لا حق عليه الا ان يقول له اضمن عنه وقد يرجع على من صرح في التذكرة بانه اذا لم يكن الضامن الثاني يرجع
على الاول لم يثبت بانه لا يرجع للاول على الاصيل لان الضامن انما يرجع بما ادى وغرم والضامن

لم يغرم شيئاً فلا يكون له مطالبة المضمون عنه بشيء وهو جيد **منهل** يصح ترامي الضمان ويصح ايضاً دوره
بان يضمن ضامن رجلاً على دين ثم يضمن الرجل المضمون عنه ضامنه او ضامن ضامنه وقد صرح بصحة هذا
الضمان في التذكرة والقواعد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض وحكي في لف وغيره
عن الشيخ المنع من صحة هذا الضمان وهو ضعيف بل المعتمد هو القول الذي عليه المعظم ولهم
وجوه منها ظهور دعوى الاتفاق عليه من مجمع الفائدة فانه صرح بان الظاهر انه يجوز دوره عندهم
بلا خلاف العامة ومنها العمومات الدالة على صحة الضمان وقد اشار اليها في جامع المقاصد وجه صحته
اطلاق النص وعدم المانع وفي لف وغيره بقولهما يصح دوره لعدم المانع واحتجاج الشيخ بما حكي عنه
اولاً باستلزام الدور صيرورة الفرع اصلاً والاصل فرعاً وثانياً بعدم الفائدة فيه ضعيف ظاهر كما
صرح به في لف قائلاً اما الاول فلان الخلاف في الاصلية والفرعية لا يصلح للمانعية والفائدة موجودة وعلى
الحال ويسقط الضمان ويرجع الحق كما كان ثم يترتب عليه احكامه كما لو وجد المضمون له الاصل
الذي صار ضامناً معسراً فان له الفسخ والرجوع الى الضامن السابق وقد يختلفان بان يضمن الحال
مؤجلاً وبالعكس وقد صرح بجميع ما ذكر في لف وغيره ويجوز ان يضمن الاصل ضامنه باعتبار دين آخر
عليه غير هذا الدين الذي ضمنه كما صرح به في التذكرة والكفاية مصرحاً بان الاصل في شيء قد يكون فرعاً
لفرعه في شيء آخر **منهل** هل يشترط في صحة الضمان العلم بكمية المال المتضمن فلا يصح ضمان
المجهول او لا يشترط فيصح ضمان المجهول اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه يصح ضمان
المجهول وهو للنهاية والغنية والمراسم والشرائع والنافع والتبصرة والارشاد والقواعد والتحرير واللمعة و
المهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض والمحكي في لف عن الشيخ
والرياض عن المفيد في المقنعة وابن الجنيد وابي الصلاح وابن البراج في الكامل وصرح في جامع المقاصد
بانه قول الشيخ واكثر الاصحاب وفي لف والرياض بانه الاشهر بل صرح في الاخير بانه عليه عامة من تأخر
الثاني انه لا يصح وهو المحكي في لف وغيره عن الشيخ في ط وف وابن البراج في المهذب وابن ادريس
وتوقف في المسألة في التذكرة والكفاية فانهما ذكرا القولين ولم يصرحا بترجيح احدهما على الآخر للاولين

وجه

وجوه منها ما تمسك به في لف وجامع المقاصد ولك وغيره من الاصل وفيه نظر ومنها
ظهور الغنية في دعوى الاجماع على الصحة فانه صرح بانه ليس من شرط صحة الضمان ان يكون المضمون
معلوماً بل لو قال انا ضامن لك الحق ثبت على فلان فانا ضامنه صح ولزمه ما ثبت بالبينة او الاقرار بدليل
الاجماع المشار اليه وقد تمسك بما حكاه في الرياض ومنها ما تمسك به فيه ايضاً من ادلة لزوم
الوفاء بالعقود من الكتاب والسنة السليمة عما يصلح للمعارضة والى هذا اشار في لف بقوله
ولان الضمان عقد لا ينافيه الغرر ومنها ما تمسك به في لف والتنقيح وجامع المقاصد ولك
والرياض من اطلاق قوله عليه السلام الزعيم غارم وصرح في لك بانه احتج به المجوزون ولعله اليه اشار في لف
بقوله يصح ضمان المجهول للاصل واطلاق الضمان ومنها ما تمسك به في لف والتنقيح ولك من
قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم مشيراً الى الحمل المجهول لاختلافه زيادة في الكيل وقد صرح في لك بانه احتج به المجوزون
لا يقال لعل ذلك الحمل كان معلوم الكمية حال الضمان بالتعارف المعهود بينهم وعند ذلك لا [illegible] يدفع
الاحتمال المذكور الاصل كما احتج به في لف والمهذب البارع والرياض وقد اشار اليه في لك بعبارته باصالة
عدم صحة ضمان المجهول الا ان يدعى ان الاول باعتبار كونه استصحاباً في الموضوع ارجح من الثاني باعتبار كونه
استصحاباً في الحكم والا لبطل التمسك بالاصول التي مرجعها الى الاستصحاب كاصالة عدم القرشية وعدم النقل
وعدم الاشتراك وعدم النسخ وكثير من المقامات وهو باطل وخلاف المعهود من سيرة الفقهاء والاصوليين
ثم ثانياً بان الغالب معلومية حمل البعير ومنها ما تمسك به في لف قائلاً لنا ما رواه عطا عن
الباقر عليه السلام قال قلت جعلت فداك ان علي ديناً اذا ذكرته فسد علي ما انا فيه فقال سبحان الله وما بلغك
ان رسول الله صلى الله عليه وآله كان يقول في خطبته من ترك ضياعاً فعلي ضياعه ومن ترك ديناً فعلي
دينه ومن ترك مالاً فلله وكفالة رسول الله صلى الله عليه وآله ميتاً ككفالته حياً وكفالته حياً ككفالته
ميتاً فقال الرجل نفست عني جعلني الله فداك ولو لم يكن ضمان المجهول صحيحاً لم يكن لهذا
الضمان حكم ولا اعتبار فان الباطل لا اعتداد به وما يشيع من الامام عليه السلام الحكم بان النبي صلى الله عليه وآله
كما قال وقد تمسك بالرواية المذكورة في التنقيح ايضاً ولكن تنظر فيه في الرياض فان كان وجه ضعف

سند الرواية فيجاب عنه بانجباره بالشهرة وان كان وجه منع الدلالة فيجاب بان قولنا الرسول له من زيد
دينار نعم المعلوم والمجهول الا ان يمنع من صحة فرض الجعالة بالنسبة الى الرسول وفيه نظر تامل
ومنها ما تمسك به بعض الاجلة قائلا ويدل على المشهور زيادة على المذكور في لك ما تقدم من ضمان
علي بن الحسين عليهما السلام لدين عبد الله بن الحسن وضمانه لدين محمد بن اسامة فانهما ظاهران
بل صريحان في عدم معلومية الدين وقدره وكميته وقت الضمان الا ان للقائل ان يقول ان الظاهر
من كلام المانعين من ذلك من حيث الغرر ان محل البحث والخلاف في المسألة انما هو بالنسبة الى
الضمان الذي يرجع به صاحبه على المضمون عنه وظاهر هذه الاخبار عن ضمان النبي صلى الله عليه وآله
وضمان علي بن الحسين عليهما السلام انه ليس كذلك فلا يكون هذه الاخبار من محل البحث في شيء وهكذا
الكلام في الآية فانه يتخصص محل البحث بما ذكرناه فان الآية ليست من ذلك في شيء لان الظ
هنا انما هو ضمان الجعالة وقد يناقش فيما ذكرناه اولا بالمنع من ظهور كلام المانعين فيما ذكره بل مقتضى
اطلاق كلامهم وكلام المجوزين عموم الحكم ومحل البحث للضمان الذي يرجع به صاحبه على المضمون عنه والذي
لا يرجع به وتمسك بعض المانعين او كلهم بحديث النهي عن الغرر لا ينفيه لاختصاصه بامكان الغرر في صورة
عدم الرجوع ايضا سلمنا لكن نتمم الدليل بالاجماع المركب ثم واما ثانيا فلان ضمان الامام عليه السلام قضية
في واقعة فلا عموم له لما تقرر في الاصول من ان القضية في الواقعة مجملة لا تفيد عموما ولا خصوصا سيما
ولعل لنا نظر في هذه الحجة في الرياض ثم ومنها ما ذكره في التذكرة قائلا احتج المجوزون بان الضمان
التزام حق في الذمة من غير معاوضة فيصح مع الجهالة كالنذر والاقرار وللاخبار وجوابهم منها
ما ذكره في لك قائلا على الشيخ الاحتجاج به من انه لا دليل على الصحة واجاب عنه كالرياض بان الدليل قد
بيناه وهو كذلك ومنها ما ذكره في لك ايضا قائلا عن الشيخ الاحتجاج ايضا بما مر من ان النبي صلى الله عليه وآله نهى
عن الغرر وضمان المجهول غرر لانه لم يدر كم قدر المال عليه ثم اجاب عنه بان الغرر انما هو منفي فيما
التي تفضي الى التنازع اما مثل الاقرار والضمان وشبههما فلا لان الحكم فيهما معين وهو الرجوع الى قول المقر
فلا افتقار الى البينة في الضمان فلا غرر هنا والى ما اشار وجامع المقاصد ولك بقولهما الضمان لا ينافيه

فرضه

الغرر

الغرر وزاد في الثاني قائلا لانه ليس معاوضة لجوازه من المتبرع وضمان العهدة وانما
الى ذلك في الرياض وايده في التنقيح على ما ذكره في لك قائلا قال الشيخان يقول الحاكم لا
يقول بقيام البينة لجواز قيامها بما يعجز عنه الضامن فلو الزمناه لادى الى ضرره المنفي بقوله
لا ضرر ولا ضرار في الاسلام لكنه اجاب عن هذا الايراد كالرياض بانه يمكن ان يقال بان
الضامن ادخل الضرر على نفسه بعدم احتياطه وفيما ذكره نظر والاولى في الجواب
ان يقال انا سلمنا صدق الغرر حقيقة في محل البحث فلا نسلم كلية الكبرى بحيث يشمل
محل البحث على الرواية النبوية المتضمنة للنهي عن الغرر ضعيفة السند وتلقي الاصحاب
اياها بالقبول بحيث يكون قرينة عليه جدا سلمنا صحتها ولكنها معارضة بعموم ما
دل على صحة الضمان من قوله الزعيم غارم وهو وان كان من قبيل تعارض العمومين
من وجه ولكن الترجيح مع هذه الرواية لاعتضادها بظاهر الكتاب والشهرة العظيمة
والاجماع المنقول وغير ذلك مما تقدم اليه الاشارة ومنها ما ذكره في كرة ولك من
ان الضمان اثبات مال في الذمة بعقد لازم فلا يصح في المجهول كالبيع وفيه نظر للمنع
من كلية الكبرى ولو سلمناها فيجب تخصيصها بادلة القول الاول وهو المعتمد وعليه
لو ضمن ما في ذمته وما عليه صح كما صرح به في الشرايع وقع والارشاد والتحرير ولك وضة
وجامع المقاصد والرياض وكذا يصح لو قال كلما ثبت على فلان فانا ضامنه كما صرح به
في التذكرة مدعيا عليه الاجماع وكذا يصح لو قال انا ضامن له ما يثبت له عليه كما صرح به في
النهاية وينبغي التنبيه على امور الاول صرح في كرة وجامع المقاصد ولك وغيرها
بان موضع الخلاف في صورة يمكن العلم فيها بعد ذلك كما لو ضمن الدين الذي عليه او ثمن
ما باع من فلان اما لو لم يمكن الاستعلام والعلم به بعد ذلك لم يصح قولا واحدا وقد صرح
ببطلان الضمان في صورة عدم امكان الاستعلام في الكفاية والرياض من غير دعوى الا
نعم قد يشكل في الكتب المتضمنة لدعوى الاتفاق على بطلان ذلك بقوله ضمنت

لك شيئا مما في ذمته ولتجه عليه وجامع المقاصد وغيرها بان الشيء يصدق على القليل والكثير
ولاحتمال النذم اقل ما يتناوله الشيء كلام فاسد يندفع بانه ليس هو المضمون وان كان بعض
افراده وقد يناقش في دعواهم الاتفاق على بطلان ضمان ما لا يمكن استعلامه بان معظم
العبارات المصرحة بصحة ضمان المجهول مطلقة غير مفصلة بين صورتي امكان الاستعلام
والعدم فان في بعضها يصح وان لم يكن عين المال معلوما وهو النهاية وفي بعضها ضمان المجهول
ينعقد فضمان المجهول كضمان المعلوم وهو المراسم وعقد والتحرير وفي بعضها لا يشترط العلم
بكمية المال وهو السرائر والارشاد وفي بعضها ليس من شرط صحته ان يكون المضمون
معلوما وهو الغنية وفيها دعوى الاجماع على ذلك وفي بعضها لا يشترط العلم بقدر
المضمون وهو التبصرة وفي بعضها للشيخ فيه قولان في ضمان المجهول احدهما الصحة قاله
فيه وهو قول شيخنا المفيد وابن الجنيد وسلار وابي الصلاح وابن زهرة وابن البراج
في الكامل وقال الشيخ في قول اخر لا يصح وبه قال ابن البراج في المهذب وتبعه ابن ادريس
والمعتمد الاول وهو لف ونحوه عبارة التنقيح والمهذب البارع ومن الظاهر ان هذه العبارات
نعم الصورتين كالعمومات فيحصل الوهن فيما ادعوه من الاتفاق فيبقى العمومات سليمة عن
المعارض الا ان يقال ان العقل يحكم باستحالة ضمان ما لا يمكن استعلامه لعدم تعلق
قدرة الضامن بما كلفه من الوفاء بعقد الضمان فيكون ذلك قرينة على تقييد
اطلاقات المعظم وفيه نظر لان ما لا يمكن استعلامه اما ان لا يكون له في الواقع تعين
كان يقول ضمنت احد ديونه الذي في ذمته ولم يقصد واحدا منها بالخصوص وكان
يقول ضمنت شيئا من دينه ولم يقصد خصوصا او يكون له في الواقع تعين ولكن لا يمكن
من معرفته فان كان الاول فيجوز ان يكون متعلق الضمان المفهوم الكلي فانه يجوز ان يكون
متعلقا للاحكام التكليفية والاحكام الوضعية ولذا يصح في البيع ان يكون الثمن والمثمن
كلاهما او احدهما كليا ويصح الجهالة في جملة من المعاملات وان كان الثاني تعلق الضمان

ذلك

ذلك هو الامر الواقعي فتستعمل القرعة في معرفته وقد يناقش في الاول بان الضمان يوجب انتقال المال
من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن وبراءة ذمة الاول وهذا لا يمكن تعقله في المفروض وفي نحو
ضمنت لك احد ديونك وبالجملة الضامن انما ينتقل الى ذمته خصوص ما في ذمة المديون وهو ليس
ذلك الامر الكلي فتدبر وكيف كان فالاحوط مراعاة ما ذكره الجماعة المتقدم اليهم الاشارة من عدم صحة ضمان
المجهول الذي لا يمكن استعلامه بل هو في غاية القوة لما ذكرناه وللاجماعات المحكية التي جملة منها
من المطلقين لصحة ضمان المجهول في موضع اخر وعليه لا فرق في ذلك بين ان يكون المجهول الذي لا
يمكن استعلامه مما لا واقع له او له واقع وبالجملة ما يندرج تحت هذا المفهوم فهو مما لا يصح ضمانه ولو
اذا كان استعلامه حين الضمان ممكنا ولكن بعده صار مما لا يمكن استعلامه باعتبار فقد الاسباب
الموجبة للمعرفة من البينة وغيرها فاحتمال الصحة في غاية القوة والاحوط مراعاة الصلح وهل
المراد من امكان الاستعلام الامكان العقلي وان استحال عادة او الامكان العادي وجهان ولعل الاخير اقرب
الثاني لا فرق في صحة ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه بين ان يكون الجاهل الضامن والمضمون عنه
كلاهما او احدهما الثالث هل يشترط في صحة الضمان علم الضامن بجنس ما على المضمون عنه من كونه
دراهم او دنانير او ذهبا او فضة او حريرا او قطنا او كتانا او نحو ذلك او لا بل يكون الجهل بذلك غير
موجب للفساد كالجهل بالقدر والكمية لا يبعد الاخير كما هو مقتضى اطلاق من صرح ان ضمان المجهول
صحيح الرابع يدخل في الجهل بالكمية وجهالة المضمون الذي يمكن استعلامه اللذين لا يكونان قادحين
في صحة الضمان الجهل بالكيل او الوزن او الذرع والعد على ما يظهر من عبارات القائلين بصحة ضمان
المجهول الخامس لا يلزم الضامن دين المضمون عنه المتجددة بعد الضمان وانما يلزمه ديونه الثابتة
على الضمان التي ضمنها وقد صرح بذلك في القواعد والتنقيح وجامع المقاصد وغيرها وكذا في الرياض
بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه ويدل عليه مضافا الى ما ذكر الاصل وما تمسك به فيما عدا الاول من ان
المتجدد غير ثابت وقت الضمان ولا داخل فيه ولا فرق في ذلك بين ان يضمن المعلوم او المجهول ×
اذا ضمن المجهول الكمية والمقدار لزم الضامن على المختار من صحة هذا الضمان ما يقوم به البينة

انه كان ثابتا في ذمته وقت الضمان كما صرح به في النهاية والغنية والوسيلة والمراسم والنافع والارشاد
والتبصرة وعقد التحرير والمهذب البارع والتنقيح وجامع المقاصد والك وقضه ومجمع الفائدة والرياض
وحكاه في لف عن المفيد وابي الصلاح ولهم وجوه منها ظهور اتفاق القائلين بصحة هذا الضمان
عليه كما يستفاد من الوسيلة والجامع ومنها تصريح الغنية بدعوى الاجماع عليه ويؤيده عدم نقل احد
من الاصحاب هنا خلافا عن احد من القائلين بالصحة ومنها عموم ما دل على قبول شهادة العدلين
المؤيد بعموم قوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا وتعليله اعتبار البينة في اكثر الموضوعات
المشتبهة ولا فرق في ذلك بين ان يكون المتنازع المضمون عنه والضامن كما صرح به في لك وهو ظاهر
اطلاق الباقين والمراد بالبينة في عبارات الاصحاب المصرحين بها شهادة العدلين لتبادرها منها
وانصراف اطلاقها اليها ويؤيد ذلك عدم تعرض احد منهم لبيانها وهل يتوقف ثبوت البينة
هنا على حكم الحاكم او لا بل يثبت المدعى بها مط ولو لم يكن هناك حكم الحاكم لم اجد احدا تعرض لهذه
المسئلة الا في مجمع الفائدة فانه اشار اليها قائلا يلزمه ما يشهد به البينة على ثبوته في ذمة المضمون
عنه وحكم الحاكم وكانه نزل حكم الحاكم لظهور ويحتمل لعدم الاحتياج ويظهر منه التردد ولو قيل ان كان هناك
نزاع عنده وافتقر الى الحكم لزم ان ينضم الى البينة حكم الحاكم فلا يكون بنفسها كافية ولو لم يكن هناك نزاع
وكان كل من الضامن والمضمون عنه والمضمون له جاهلا بالمقدار جاز لهم الاعتماد على البينة من غير رجوع
الى الحاكم لكن مراعات الاحتياط فيهما اولى وينبغي التنبيه على امور الاول لا يلزم الضامن المجهول
ما لم يقم به البينة مما يوجد في دفتر وحساب وكتاب كما صرح به في النهاية والمراسم والنافع ويع وعد
والتبصرة والتحرير والتنقيح والمهذب البارع وجامع المقاصد ولك وقضه ولهم الاصل وظهور الاتفاق
عليه وتصريح التنقيح بانه لا خلاف فيه وما تمسك به في جامع المقاصد ولك والرياض من ان الموجود في
الدفتر والكتاب غير ثابت في الذمة وانما يلزم الضامن الثابت في الذمة ولا اشكال في انهما اذا افادا
العلم بالعلم لزمه ما يوجد فيهما وهل يقوم الظن مقام العلم او مقام الشك فيه اشكال ولكن الاقرب الثاني
عملا بالاصل والعمومات المانعة من العمل بغير العلم وغلبة عدم اعتباره في الموضوعات المشتبهة والحاق

عباره

بوجه
عبائر الاصحاب هنا ومن جملتها عبارة التنقيح المتضمنة لدعوى نفي الخلاف على انه لا يلزم الضامن ما
في الدفتر والحساب الثاني هل يلزم الضامن ما يقر به المضمون عنه بعد الضمان او لا اختلف فيه
الاصحاب على قولين الاول انه لا يلزمه ذلك وهو للشرايع والنافع والارشاد وعد والتحرير ولف
والتبصرة والتنقيح وقضه ولك وجامع المقاصد والمهذب البارع ومجمع الفائدة والرياض الثاني
انه يلزمه ذلك وهو للغنية والمحكي في لف وغيره عن ابي الصلاح للقول الاول الاصل وما تمسك به
في لف وقضه ولك وجامع المقاصد والرياض من ان اقراره انما ينفذ على نفسه لا على غيره وهو الضامن
هنا وللقول الثاني تصريح الغنية بانه يلزمه ما ثبت بالبينة او الاقرار بدليل الاجماع المشار اليه ويجاب
عنه بما صرح به في الرياض قائلا فيه وهن لعدم وجود قائل به الا هو والحلبي فكيف يمكن معه دعوى
الاجماع ولكنا عرفت فاذن المعتمد ما صار اليه الاكثر وهو القول الاول واذا اقر المضمون عنه قبل
الضمان فيعتبر ويلزم الضامن ما اقر به كما صرح به في لف والتنقيح لان اقراره اقرار على نفسه فيكون
شرط العموم قوله اقرار العقلاء على انفسهم جائز واطلاق يع وفع ود وعد والتحرير وجامع المقاصد
ولك وقضه والرياض عدم سماع اقراره ولعله محمول على صورة وقوع الاقرار بعد الضمان الثالث لو لم
تقم بينة بشيء من المال ولا اقرار وانكر فتوجهت اليمين على المضمون عنه فردها على المضمون له فحلف
فهل يلزم الضامن ما حلف عليه او لا اختلف فيه الاصحاب على قولين الاول انه لا يلزم ذلك الضامن
مط وهو للشرايع والارشاد والتحرير وعد والمهذب البارع وجامع المقاصد وقضه ومجمع الفائدة
وهو ظاهر الغنية والمراسم والنافع والتبصرة والمحكي في لف عن ابي الصلاح ولهم الاصل وما تمسك به
في لف وقضه والرياض من ان الخصومة مع الضامن والمضمون عنه فلا يلزمه ما ثبت بنزاع غيره
كما لا يثبت ما يقر به الثاني انه ان حلف برضاء الضامن لزمه والا فلا وهو المحكي في لف عن
الشيخ والقاضي الثالث انه يلزم ذلك الضامن مط وهو المحكي في لف وغيره عن المفيد وقد
فصل هنا في لف والتنقيح قائلين التحقيق ان نقول ان جعلنا يمين المدعي كالبينة كان له الرجوع
سواء رضي الضامن بيمينه او لا وان جعلناها كالاقرار افتقر الى رضاء الضامن وحكي في لف

عن بعض المنافية فيما ذكراه قائلا بعد الاشارة اليه ويرده بان كونها كالبينة انما هو في حق [اليمين] راد
كما انها اذا كانت كالاقرار يكون كاقراره فلا يلزم الضامن على التقديرين اذا لم يرد اصلا وقد مضى
ما في الرضا ثم اجاب عن هذا الايراد قائلا ويمكن دفعه بان البينة لا فرق فيها بين ان يكون
المانع المضمون عنه او الضامن لان الحق يثبت بها مطلقا بخلاف الاقرار فانه لا يثبت الا
على المقر فالثابت عليه مضيه وفيه نظر لجواز ان يكون مقصود المورد منع كون اليمين كالبينة مطلقا
لفقد الدليل عليه ومخالفته للاصل وثبوت كونه كالبينة بالنسبة الى الراد لا يستلزم ثبوته
مطلقا فاذا لا يتجه ما ذكره في لك والمسئلة لا تخلو عن اشكال ولكن القول الاول في غاية القوة
وصح في التحرير ولك وضه والرياض بانه لو كان الحلف برد الضامن ثبت له ما حلف عليه و
ربما يستفاد من اطلاق الشرايع والارشاد وعد انه لا يثبت له ذلك الخ ايضا ولكن تنزل في لك
الاطلاق في المذكور على غير محل البحث قائلا لو كان الحلف برد الضامن ثبت ما حلف عليه واطلاقه
المصـ عدم الثبوت بما يحلف عليه برد اليمين منزل على غير هذا ثم صرح كالرياض بانه يمكن رد
القول الثالث المتقدم اليه الاشارة الى هذا بحمل الرضا على الرد وان كان اعم منه

منهل

صرح في الشرايع والتحرير وعد ولك بانه لو ضمن ما يشهد به عليه وما يقوم البينة عليه لم يصح
وعلله فيها بانه لا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان وزاد في الاخير قائلا لانه يكون ضمان
ما لم يجب وربما يستفاد من التعليل الذي ذكروه انه يشترط في صحة الضمان العلم بثبوت
الدين في ذمة المضمون في غير ضمان العهدة فلو لم يعلم بثبوته في ذمته وقت الضمان لم يصح سواء
ظن بالثبوت ام لا وقد صرح في مجمع الفائدة بان هذا الشرط يستفاد من اكثر العبارات
مثل القواعد والتحرير ولك وتبع مدعيا انه يؤيد ذلك العقل وقائلا الظ منها انه يشترط
العلم بوجود شيء في الذمة وهو ظاهر في غير ضمان العهدة وفيه ايضا تأمل ولم يفهم هو ولا غيره
دليلا على الشرط المذكور ولم اجده ايضا نعم يدل عليه الاصل ولكنه بالعمومات الدالة على الصحة اذا
تبين بعد الضمان اشتغال ذمة المضمون عنه بالدين وهي سليمة عن معارض يصلح لدفعها

فان الاصل

فان الاصل لا يصلح له وكذا فتوى الجماعة المتقدم اليهم الاشارة لعدم بلوغها حد الاجماع بل ولا [الشهرة]
ويؤيده تلك العمومات مع كون بعضها من الكتاب وبعضها متلقى بالقبول صحة البيع
والصلح والهبة مع عدم العلم بكون الثمن وما وقع عليه الصلح والموهوب ملكا للبايع والمصالح
والواهب وكذا يؤيدها صحة ضمان المجهول وعدم البينة على الشرط المذكور في شيء من الروايات
ومعظم الفتاوى فاذا احتمال الصحة ضمان ما يقوم به البينة في غاية القوة كما يظهر من لك بل
صرح في لك بانه قال الشيخ في ط قال قوم من اصحابنا انه يصح ما تقوم به البينة دون ما يخرج
به دفتر الحساب ولست اعرف به نصا الا ان يدعى فساد هذا الضمان باعتبار اقتضائه
لضمان ما تعلق بذمة المضمون عنه حين الضمان ولما يتجدد به بعده كما نبه عليه في لك قائلا
في شرح قول المحقق في يع اما لو ضمن ما يشهد به عليه لم يصح ما لفظه قد علمت ان شرط صحة الضمان
تعلقه بالدين الثابت في الذمة وقت الضمان على ما فيه من الخلاف فلو ضمن ما يتجدد في ذمته
لم يصح لانه ضمان ما لم يجب وح فضمانه لما يشهد به عليه لما كان يشمل ما كان ثابتا في ذمته
وقت الضمان وما يتجدد فلا يصح اذ لا يدل على الضمان المتقدم لان العام لا يدل على الخاص فعلى
هذا لو صرح بقوله ما يشهد عليه ان كان ثابتا في ذمته وقت الضمان فلا مانع من الصحة
كما لو ضمن ما في ذمته ولزمه ما يقوم به البينة انه كان ثابتا وح فتعليله بقوله لانه لا يعلم ثبوته
في الذمة وقت الضمان لا يخلو من قصور لانه يقتضي انه لو ضمن بهذه الصورة وثبت كون المشهود
به كان في الذمة وقت الضمان صح والحال ان مثل ذلك لا يصح لعدم وقوع صيغة الضمان منوعا فيها
كما عرفت والتعليل يدل على ذلك لان المضمون لما كان للاعم من الثابت وقت الضمان وعدمه لم يدل
على الفرد الاخر بخصوصه فلا يعلم ثبوته في الذمة وقت الضمان اي لم يعلم ارادة الثابت من الصيغة
وهكذا علل في عد ولك وغيرهما ونبه بالمنع من هذه الصيغة على خلاف الشيخ حيث ذكر في ط ما
يدل على جواز ذلك ويمكن ان لا يكون حكاية لقول الاخر بل يريد به ما ذكرناه سابقا من جواز ضمان
ما يقوم به البينة انه كان ثابتا وقت الضمان في ذمة المديون وقد نبه في جامع المقاصد ايضا على ذلك

الفساد الذي ذكره وقد بنا فيه بالمنع منه لا لدلالة ذلك على المعنى الاعم الموجب للفساد بل هو منصرف
الى ما ثبت في الذمة وفي الضمان كما نبه عليه في مجمع الفائدة قائلا في مقام الايراد على ما ذكره في التذكرة
وانت تعلم ان ظاهر التعليل ما تقدم وان الامر بالعكس غير انه قد يكون العلم شرطا كما هو ظاهر العبارة
وان العام ينصرف الى الصحيح خصوصا مع القرينة ثم والتحقيق ان يقال ان كان محل البحث هو اشتراط
العلم باشتغال ذمة المضمون عنه وقت الضمان فقد بينا ان عدم الاشتراط والصحة مع الشك
وعدم العلم في غاية القوة وان كان هو مفاد العبارة فالظاهر انها تدل عرفا على ضمان ما ثبت
في الذمة لا ما يثبت ولا الاعم منهما ولو فرض دلالته على ارادة الاعم ولو بواسطة قرينة فلا اشكال في
الفساد بالنسبة الى ما يتجدد وهل يفسد بالنسبة الى ما ثبت ايضا او لا بل يصح بالنسبة كما يصح البيع في
صورة تبعض الصفقة بالنسبة الى ما يصح بيعه الاقرب ذلك واذا فرض اجمال العبارة عرفا ولو بواسطة
قرينة ففي الصحة والفساد اشكال من اصالة الحمل على الصحة ومن اصالة عدم الانتقال وعدم براءة ذمة
المضمون عنه وبراءة ذمة الضامن وعدم دليل يعتمد عليه على لزوم الحمل على الصحيح فاذن لا ينبغي ترك
الاحتياط بل احتمال الفساد في غاية القوة **منهل** اذا باع الانسان شيئا وضمن عنه
ضامن ان يرجع المشتري عليه لو خرج المبيع مستحقا للغير فهو ضمان عهدة الثمن وقد صرح بصحته
في الوسيلة والتبصرة والارشاد والتحرير والقواعد والتذكرة والجامع والايضاح والتنقيح وجامع المقاصد
والروضة والمسالك والكفاية ومجمع الفائدة ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه في التذكرة قائلا في
مقام الاحتجاج على صحة هذا الضمان لاطباق الناس عليه وايداعه في الصكوك في جميع الاعصار وصرح في
مقام آخر بان هذا الضمان عندنا صحيح ويؤيده اولا تصريح بعض الاجلة بان الظاهر انه لا خلاف بين الاصحاب
في جواز ضمان العهدة وهو ان يضمن عهدة الثمن للمشتري عن البائع وظاهر جملة منهم ان دليل هذا النوع
من الضمان انما هو الاجماع والضرورة وثانيا تصريح والدي العلامة قدس سره في بعض حواشيه بان الاجماع
على صحته لا ريب فيه وثالثا ما نبه في مجمع الفائدة بقوله لعل دليله عموم ادلة الضمان والاجماع وان
قيل ان ضمان الاعيان لا يصح وقوله ايضا وعليه عمل المسلمين ومنها ما تمسك به في التذكرة من ان

الحاجة

الحاجة تمس الى معاملة من لا يعرف من الغرباء ولا يوثق بيده وملكه ويخاف عدم الظفر به لو خرج مستحقا
فيحتاج الى التوثيق واشار اليه في مجمع الفائدة وغيره ايضا ومنها ما تمسك به والدي العلامة طاب ثراه
في بعض حواشيه قائلا انا ذكرنا لو قلنا بكونه عقدا كما هو الاقوى فالدليل عليه واضح وهو عمومات
الكتاب والسنة المطهرة بلزوم الوفاء بالعقود مضافا الى التايد بما دل على ان المؤمنين عند شروطهم
ومنها انه لو لم يكن جائزا لورد منعه في شيء من الاخبار لتوفر الدواعي عليه والتالي باطل وينبغي
التنبيه على امور الاول انما نقلت الى معنى العهدة قائلا اعلم ان العهدة في الاصل اسم للوثيقة او للكتاب
الذي يكتب فيه وثيقة البيع ويذكر فيه مقدار الثمن ولحوله من وصف وحلول وتاجيل ثم نقل الى نفس
الثمن وغلب فيه كذا في التحرير وفي التذكرة سمي ضمان العهدة لالتزام الضامن ما في عهدة البائع رده
او لما ذكره في الصحاح فقال يقال في الامر عهدة بالضم اي لم يحكم بعد وفي عقله عهدة اي ضعف
فكان الضامن ضعف العقد والتزام ما يحتاج اليه فيه من عدم او ان الضامن التزم رجعة المشتري
عليه عند الحاجة ويسمى ايضا ضمان الدرك قال في الصحاح الدرك التبعة وقيل يسمى ضمان الدرك
لالتزامه الغرامة عند ادراك المستحق عين ماله الثاني صرح في التحرير بان الفاظ ضمان الدرك ضمنت
عهدته او ضمنت عنه دركه او يقول للمشتري ضمنت خلاصك وفي التذكرة بان الفاظ
ضمان العهدة ان يقول الضامن للمشتري ضمنت لك عهدته او ثمنه او دركه او خلاصك فان اراد من
الالفاظ المذكورة التمثيل لا الاختصاص كما استظهره بعض الاجلة فهو جيد وان اراد الاختصاص
فلا بل الاظهر جواز كل لفظ يدل على المراد ولو كان غير عربي وبصيغة غير صيغة الماضي لكن مع قصده
الانشاء بل احتمال الجواز عقده بالفعل المفيد للقطع بالمراد في غاية القوة الثالث لا اشكال في
صحة ضمان عهدة الثمن للمشتري عن البائع بعد تصرفه فيه ورجوعه الى الذمة لو كان البيع في الواقع
فاسدا لما بيناه من انه لا يشترط في صحة مطلق الضمان العلم باشتغال ذمة المضمون عنه بما
للمضمون وقت الضمان سلمنا انه شرط في الجملة ولكنه لا يبنى في خصوص هذا القسم من الضمان لما
بيناه من الدليل على صحته فليس هو من ضمان ما لم يجب وهل يصح هذا الضمان اذا كان الثمن

المضمون عنه خارجاً او لا يظهر من اطلاق الاصحاب المصرحين بصحة ضمان العهدة الاول وهو المعتمد
لظهور الاتفاق عليه وقد صرح به في لك ولما بيناه سابقاً من صحة ضمان الاعيان الرابع هل هذا
القسم باطل ايضاً او لا بل هو ضم ذمة الى ذمة صرح بالاول في التحرير قائلا الوجه ان ضمان العهدة باطل فلو
خرج المبيع مستحقاً كان للمشتري الرجوع على الضامن دون البايع وهو مقتضى اطلاق اكثر الكتب
المصرحة بان الضمان باطل من غير تفصيل كالغنية وفع وبع ود وكره وعد ولف والتبصرة ولك
وضه والكفاية والرياض بل في الاول دعوى الاجماع عليه كما هو ظاهر لف وكره ولك وصرح بالثاني
في الايضاح والتنقيح وهو ظاهر مجمع الفائدة بل نسب الاول على دعوى الاتفاق عليه قائلا ضمان العهدة ضم
عندهم وربما يستفاد هذا من الثاني ايضاً فانه صرح بان ضمان عهدة الثمن ضم ذمة الى ذمة على القول
فللمضمون له الرجوع على من شاء من الضامن والمضمون عنه وربما يستفاد مما صار اليه من التذكرة ايضاً
والتحقيق ان يقال ان الضامن ان ضمن ما في ذمة المضمون عنه وهو البايع المتصرف في الثمن المنتقل اليه
من المشتري على وجه اوجب تلفه فضمانه هنا باطل فليس للمشتري ح الرجوع على البايع بل انما يرجع
على الضامن والظاهر ان من اطلق كون الضمان يريد هذا ونحوه وان ضمن العين المنتقل من المشتري
الى البايع وكانت موجودة فضمانه هنا ليس باطل بل هو ضم ذمة الى ذمة فيجوز للمشتري الرجوع
على كل من البايع والضامن مخيراً بينهما كما صرح به في التذكرة والتنقيح والظاهر ان من اطلق كون
ضمان العهدة ضم ذمة الى ذمة اراد هذا فلا يكون ما صرنا اليه خارجاً عن القولين ولا خارقاً للاجماع
المركب في البين فتم الخامس هل يشترط في صحة ضمان العهدة عن البايع وقوعه بعد قبضه الثمن او لا
فيصح ولو قبله صرح بالاول في الوسيلة والتحرير والتذكرة قائلا قد بينا ان الضمان في عهدة الثمن
ودركه ان كان بعد قبض البايع الثمن صح وان كان قبله فوجهان عند الشافعي اصحهما البطلان
كما قلنا نحن لان الضامن انما يضمن ما دخل في ضمان البايع ولزمه رده وقبل القبض لا يتحقق ذلك
والثاني الجواز لان الحاجة تمس اليه والضرورة تدعو اليه اذ ربما لا يثق المشتري بتسليم الثمن الا بعد
الاستيثاق وربما يظهر من اطلاق الشرايع والارشاد واللمعة وضه الثاني وفيه نظر بل الاقرب

هو القول الاول ولما السادس صح في عد والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد بانه يصح ضمان عهدة الثمن
ودركه للبايع عن المشتري بان يضمن الثمن الواجب بالبيع قبل تسليمه وقد صرح في الاخير بنفي
الشبهة في صحته قائلا لا شبهة في صحة ضمان الثمن عن المشتري للبايع اذا كان ديناً اما
اذا كان عيناً فهو من جملة الاعيان المضمونة ولعل تجويز ضمانه لعموم البلوى ومسيس الحاجة
اليه واتفاق الناس على ضمان العهدة والحق ان ما صار اليه من صحة هذا الضمان سواء
كان الثمن ديناً او عيناً جيد كما هو ظاهر اطلاق ما عداه من الكتب المتقدمة فاذا كان الثمن
عيناً وظهر فيه عيب وظهر انه يرجع البايع على الضامن لا على المشتري كما صرح به في القواعد
والتحرير والتذكرة وصرح به في جامع المقاصد ايضاً منهل اذا ضمن عهدة الثمن
لزمه دركه في كل موضع ثبت بطلان البيع من رأس كما صرح به في الشرايع والتبصرة والارشاد
ولف والتحرير وعد واللمعة والتنقيح وجامع المقاصد ولك وضه والكفاية وعلل في
جامع المقاصد ولك بان الثمن ح مقبوض بيد البايع بغير استحقاق فيرده على المشتري
حيث ثبت فيصح ضمانه ولا اشكال في ذلك حيث يكون بطلان البيع باعتبار ثبوت
كون المبيع مستحقاً للغير مع عدم اجازته للبيع ولو اجاز البيع ولكن لم يرض بقبض البايع
الثمن فصرح في لك وضه بان حكمه حكم صورة عدم الاجازة فيرجع المشتري على الضامن
لا على البايع وهو جيد حيث يكون ذلك مقتضى عقد الضمان وهل يلحق بالصورة
المذكورة ما اذا ظهر فساد البيع بسبب غير الاستحقاق من تخلف شرط معتبر او اقتران
شرط فاسد به فيصح ضمان العهدة ح او لا صرح بالاول في التذكرة وجامع المقاصد وكذا
صرح به في لك وضه والكفاية قائلين يصح ضمان عهدة الثمن عن البايع للمشتري على تقدير
ظهور البيع مستحقاً لغيره ولم يجز المالك البيع او اجازه ولم يرض بقبض البايع الثمن ومثله
ما لو تبين خلل في البيع اقتضى فساده كتخلف شرط فيه او اقتران شرط فاسد به وزاد في
لك قائلا فان ضمان الثمن للمشتري يصح في جميع ذلك لما تقدم من الادلة وفي الحقيقة

هذا فرد من افراد ضمان الاعيان على تقدير كونه موجودا حالة الضمان وقد تقدم ما في ضمان
الاعيان والمصحح هنا اما دخوله في الحكم على مذهب هناك او ان هذا الفرد خارج منه لبين لمكان
الضرورة فان ظاهرهم الاطباق على جوازه وحكى في التذكرة الثاني عن بعض العامة في كلام وانما
اذا ظهر فساد البيع بسبب غير الاستحقاق من تخلف شرط معتبر او اقتران شرط فاسد به فالاقوى
عندي صحة الضمان لان الثمن يجب رده على البائع فاشبه ما لو بان الفساد بالاستحقاق
وهو احد قولي الشافعي وفي الثاني انه لا يصح الضمان لان هذا الضمان انما جوز للحاجة وانما تظهر
الحاجة في الاستحقاق لان التحرز عن ظهور الاستحقاق لا يمكن والتحرز عن سائر اسباب الفساد
ممكن بخلاف حالة ظهور الاستحقاق ويمنع امكان التحرز عن جميع اسباب الفساد وهذا القول
ضعيف والتحقيق ان يقال ان ما ذكره في التذكرة وغيرها جيد على تقدير كون الشرط الفاسد
في ضمن العقد يوجب فساده واما على القول بانه لا يوجب فساده كما هو خيرة والدي العلامة
قدس سره فيشكل تمام ما ذكروه وكيف كان فلا ريب في بطلان البيع من راس لا يختص بفرد دون
فرد بل يعم جميع افراده كما هو الظاهر من اصحابنا وينبغي التنبيه على امور الاول لو تجدد الفسخ
بالتقايل ففي الشرائع والارشاد والتحرير وعدة وجامع المقاصد وغيرها وشرح الكفاية
بانه لم يلزم الضامن الثمن بل يرجع البائع على المشتري وهو المعتمد ولهم وجوه منها
الاصل ومنها ظهور الاتفاق عليه ومنها ما تمسك به في جامع المقاصد وغيره من
ان الملك تجدد بعد الفسخ فلا يكون مملوكا للمشتري حين الضمان فيكون ضمانه ما لم يجب
ويلحق بالفسخ بالتقايل الفسخ بغيره كخيار المجلس والحيوان والشرط وغيرها كما صرح به في
ذلك الثاني لو تلف المبيع قبل القبض فصرح في الشرائع والارشاد وعدة وغيرها وشرح الكفاية
بانه لم يلزم الضامن ويرجع على البائع وهو ظاهر اللمعة والجامع وجامع المقاصد وهو
الاقرب وصرح في الكفاية بانه الاشهر بينهم واحتج عليه في الروضة بعدم اشتغال
ذمة المضمون عنه حين الضمان على تقدير طرو الانفساخ بحلاف فالبطلان من اصله

ولو فرض

ولو فرض تفسخ امرؤ اشار اليه في ذلك والكفاية ايضا قائلين وفي التذكرة بني حكم تلف المبيع قبل
القبض على ان التلف هل يبطل العقد من حينه او من اصله فعلى الاول لا يبطل ولا الضمان
وعلى الثاني يتناوله فيطالب الضامن واورد عليه في ذلك قائلا وفيه نظر لانا وان
حكمنا بكونه مبطلا من اصله لكن هذا حكم لاحق للضمان فان المبيع حالته كان ملكا للمشتري
ظاهرا او في نفس الامر فلا يتناوله الضمان الثمن لانه لم يكن لازما للبائع حينئذ وانما التلف
الطاري كان سببا في حكم الله تعالى بعود الملك الى صاحبه من اصله وفيما ذكره نظر الثالث
لو فسخ المشتري بعيب سابق فانه لا يدخل في ذلك في ضمان العهدة فلا يلزم الضامن الثمن
على تقدير الفسخ بالعيب بل يرجع به المشتري على البائع ويطالبه به وقد صرح بذلك
في الشرائع والارشاد وعدة والجامع وذلك وجامع المقاصد واحتج عليه في ذلك وغيره
بان فسخ البيع انما ابطله من حينه لا من اصله فلم يكن حالة الضمان مضمونا حتى لو صح فضمانه
فسد لانه ضمان ما لم يجب وانا الثاني فلان الذمة انما اشتغلت به بعد الفسخ
الشرط الذي يبنى عليه الضمان هو ضمانه حال اشتغال الذمة به فوقت الضمان الذمة غير
مشغولة ووقت الاشتغال المتاخر لم يقع فيه ضمان فلم يصادف الضمان محله ولا يؤثر هنا تقدم
سبب الفسخ وهو العيب الموجود حال البيع ودعاء الحاجة اليه لان المدار على اشتغال الذمة
وقت الضمان وهو غير حاصل ومجرد تقدم السبب مع انه قد يرضى به المشتري فلا يفسخ
العقد غير موجب لصحة الضمان لما عرفت وحكي في ذلك عن بعض خلاف ما ذكروه قائلا
وربما قيل بدخول هذا الفرد في الاطلاق وصحة ضمانه لتقدم سبب الفسخ وهو العيب
الموجود حال البيع ودعاء الحاجة اليه وهذا على تقدير صحته يجب تقييده بعيب سابق
والاقوى يصح الفسخ بعيب لاحق كما لو وقع قبل القبض وفي الثالثة وهذا لا يكون موجودا
حالة الضمان الواقع عند البيع كالمتجدد من الاسباب كي يصح ضمانه قولا واحدا الرابع
اذا لم يفسخ المشتري فيما اذا ظهر المبيع معيبا بعيب سابق واختار الارش فهل له مطالبة

الضامن للعهدة بها وليس له ذلك كما انه ليس له مطالبته به بالثمن اذا فسخ بالعيب صرح بالاول
في القواعد والارشاد وجامع المقاصد وهو ظاهر المسالك ومجمع الفائدة بل صرح بعض الاجلة
بانه الاشهر وصرح بالثاني في التحرير وصرح في الشرائع والارشاد بالاول ولكن صرح اخيرا بان فيه
ترددا للقول الاول ما ذكره في جامع المقاصد لان ضمان الارش ما لم يثبت حين الضمان
واستحقاقه ثابت عند العقد لانه عوض جزء فائت من المبيع حيث ان ذلك المقدار من
الثمن لم يقع في مقابلة عوض وسقوطه انما يكون بالرضا بالعيب وليس الثمن على تقدير الفسخ
بالعيب كذلك فانه انما يجب بالفسخ اللاحق للضمان فالفرق بين الارش واضح وللقول الثاني
وجوه منها الاصل وفيه نظر ومنها ان الارش مجهول القدر حين الضمان فلا يصح
دخوله في الضمان لان ضمان المجهول غير صحيح وفيه نظر اما اولا فللمنع من كون الارش مجهولا
مط بل قد يكون معلوما حين الضمان واما ثانيا فللمنع من بطلان ضمان المجهول بل هو صحيح
مع امكان الاستعلام وقد اشار الى ما ذكرنا في لك قائلا في مقام التفرقة بين الثمن والارش
باعتبار صحة الضمان والعدم فان الثمن انما يجب بالفسخ اللاحق للضمان كما تقدم اما الارش
فانه جزء من الثمن ثابت وقت الضمان فيندرج في ضمان العهدة لكنه مجهول القدر فينبغي بناؤه على صحة
ضمان المجهول الذي يمكن استعلامه الا ان يخص ضمان العهدة بحكم زائد لانه خارج من حكم ضمان الاعيان المضمونة
ومثله ما لو ظهر نقصان الصنجة التي بها وزن الثمن او المثمن حيث يضمن عهدته او يصح بدخوله
لوجود ذلك حالة الضمان في نفس الامر ومنها ما ذكره في مجمع الفائدة قائلا لان المضمون عهدة الثمن
لا تشمله الا ان يكون مقصودا ومعلوما بينهما سواء ذكر ما يدل عليه بخصوصه ام لا ويحتمل ان يكون
هذا وجه تردد يع حيث قال لان استحقاقه ثابت عند العقد وفيه تردد ومنها ما ذكره في لك
قائلا ومنشأ التردد في الارش مما ذكر ومن ان الاستحقاق له انما حصل بعد العلم بالعيب واختيار
اخذ الارش والموجود حالة العقد من العيب ما كان يلزمه تعيين الارش بل التخيير بينه وبين الرد
فلم يتعين الارش الا باختياره ولو قيل انه احد الفردين الثابتين على وجه التخيير فيكون كافراد

الواجب المخير

الواجب المخير حيث يوصف بالوجوب قبل اختياره فيوصف هذا بالثبوت قبل اختياره لزمه مثله
في الثمن لان فسخه في ذلك ثم اجاب عما ذكره قائلا والحق ثبوتهما والفرق بينهما فان الثمن ما وجب
الا بالفسخ واما الارش فانه كان واجبا بالاصل لانه عوض جزء فائت من مال المعاوضة ويكفي في
ثبوته بقاء المشتري على الشراء وانما ينتقل الى الثمن باتفاق آخر حيث لم يسلم له المبيع تاما
فيحصل الاشكال يرجع الى ان الارش هل هو ثابت بالعقد والرجوع الى الثمن او ان سببه وان
كان حاصلا لا يثبت الا باختياره ونظر في الفائدة فيما لو لم يعلم بالعيب وعلم ولم يطالب فهل تبقى
ذمته مشتغلة عند المعيب مشغولة بالارش ام لا وقد تقدم في باب السلم هذه المسئلة
مزيد بحث وبحث في مجمع الفائدة الاحتمال الاول قائلا لا بعد للاشارة الى ما في لك والظاهر الاول
فان عدم ثبوت شيء مع عدم العلم بعيد اذ يلزم ذهاب مال من المشتري من غير عوض وهو
بعيد خصوصا مع علم البائع بالعيب فالظاهر ان المعوض ذمته ولكن لما كان انما يثبت المطالبة مع
العلم وعدم الرضا بالعيب وعدم الفسخ فاذا فعل احدهما يسقط فلو علم ولم يطالب يحتمل السقوط
وان قلنا انه ثابت فكونه فائدة تحتاج الى قيد تامل ومنها ما ذكره في جامع المقاصد قائلا بعد
الاشارة الى حجة القول الاول ويحتمل ضعيفا العدم لان الارش عوض ما لا يفرد بالبيع فلا يتقسط
الثمن عليه وفيما ذكره نظر والمسئلة محل اشكال ولكن القول الاول احوط حيث يكون عقد ضمان العهدة
شاملا للارش في غاية القوة لعموم ما دل على صحة الضمان ونحوه ما دل على صحة ضمان ما
يؤل الى الثبوت ولكن مراعاة الاحتياط اولى الخامس اذا خرج بعض المبيع مستحقا يرجع على
الضامن للعهدة بما قابل المستحق اذا لم يجز المالك كما صرح به في الشرائع والارشاد وعد ولف والتحرير
والتذكرة وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة ويدل عليه اولا ظهور الاتفاق عليه وثانيا ما نبه
عليه في جامع المقاصد من ان الضمان صحيح بالنسبة اليه لكونه مملوكا للمشتري حين الضمان وقد اشار الى
هذا الوجه في لك وغيره ايضا ثم ان فسخ المشتري لتبعض الصفقة فهل يرجع المشتري بثمن ما قابل
غير المستحق الذي هو ملك البائع عليه او على الضامن فيه قولان احدهما انه يرجع فيرجع على

البايع دون الضامن وهو للشرايع والارشاد والقواعد والتحرير وكره ولف وجامع المقاصد ومجمع الفائدة
لصحح في الكفاية وغيرها بانه المشهور وهو الاقرب عندي وثانيهما انه يرجع فيه على الضامن دون
البايع وهو المحكي عن الخلاف وط للقول الاول ما صرح به في لف قائلا لانه انما حصل بسبب منه
وهو الفسخ المتجدد بعد البيع فلا يرجع به الضامن لعدم دخوله في ضمانه لانه لم يجب وقت الضمان وقد
اشار الى هذا الوجه في جامع المقاصد ولك وللقول الثاني ما ذكره في لك قائلا وخالف في ذلك
الشيخ فجوز الرجوع على الضامن بالجميع لوجود سبب الاستحقاق حال العقد كالعيب ثم اجاب عنه قائلا
ونحن لما ابطلنا الحكم في العيب فهنا اولى ثم من قال به معلل بان الفرق بين الامرين فان تبعيض
الصفقة الذي هو سبب الفسخ كان متحققا وقت البيع والعلامة رده بان سبب الاستحقاق هو الفسخ
لا الاستحقاق الذي كان في بعضه وفيه نظر **منهل** لو ضمن للمشتري ضامن عن البايع درك
ما يحدثه المشتري في الارض من بناء او غرس على تقدير ظهورها مستحقة لغير البايع وقلعهما او
اخذه اجرة الارض فهل يصح هذا الضمان فيلزم الضامن الدرك وارش النقصان وهو تفاوت ما
بين قيمته ثابتا ومقلوعا او لا يصح اختلف الاصحاب فيه على قولين الاول انه لا يصح وهو للشرايع والتحرير
وعد وكره وجامع المقاصد والمحكي عن الشيخ الثاني انه يصح وهو المعزى الى ضه ود وما يستفاد من لك
للاولين وجوه منها الاصل ويجاب عنه باندفاعه بعموم ادلة صحة الضمان ومنها ظهور عبارة الكفاية
في دعوى الاتفاق عليه فانه نسب هذا القول الى الاصحاب بلفظ قالوا ويؤيده انه لم ينسب خلاف
القول الا الى بعض العامة ويجاب عنه اولا بالمنع من ظهور العبارة المذكورة في دعوى الاجماع خصوصا
مع ظهور ان صاحبها يكون الاطلاع على الاجماع فيه من الغنية وثانيا بانه لم نجد موافقا للجماعة القائلين
بالقول المذكور المتقدم اليهم الاشارة وبتعذر عادة تحصيل الاجماع بمحض اتفاقهم وبعد غاية البعد
اطلاعه على من يحصل باتفاقهم الاجماع ولم نطلع عليهم وثالثا بمعارضته بما ذكره بما صرح به في الروضة
قائلا لا يصح هذا الضمان لان التعبير بلفظ قيل يشعر بنقله القائل ويؤيده ما ذكره مصير الشهيد الى
القول الثاني لان الغالب عدم مخالفة الشهيد واتباعه الى الشهرة ومنها ما تمسك به في يع وعد

للارض

والتحرير وجامع المقاصد وغيرها من ان هذا الضمان ضمان ما لم يجب لانه حين الضمان لم يكن مستحقا
وانما استحقه بعد القلع وخراب البناء المتاخر عن الضمان ويجاب عنه بما نبه عليه في لك من انه لا استحقاق
للارش وان لم يكن ثابتا حين الضمان الا ان سببه كان موجودا وقت الضمان وهو كون الارض مستحقة للغير فيجب
لما تقدم اليه الاشارة من كفاية وجود السبب حين الضمان ومنها ان الارش مجهول حين الضمان فلا يصح
ويجاب عنه بالمنع من فساد ضمان المجهول وللاخرين عموم ما دل على صحة الضمان السليمة عن المعارض هنا
لما عرفت من ضعف ادلة القول الاول فاذن هذا القول هو الاقرب ان قلنا باستحقاق المشتري من البايع الارش
القلع بعد خلع المالك كما هو التحقيق وينبغي التنبيه على امرين الاول اذا ضمن للمشتري عن البايع بعد
اشتغال ذمة المشتري بالدرك ومعلوميته فلا خلاف على الظاهر في صحة هذا الضمان الثاني اذا ضمن البايع
للمشتري درك ما يحدثه في المبيع من بناء او غرس او ما يلزمه من غرامة واجرة فهل يصح هذا الضمان او لا
فيه قولان احدهما انه يصح وهو للشرايع وكره ود وثانيهما انه يظهر من العد وفيهم وجهان احدهما عموم ما دل على
صحة الضمان وثانيهما ما اشار اليه في لك قائلا قال في الرحل الحوار لانه لازم بنفس العقد وكانه اراد انه
اذا كان لازما له وان لم يضمن كان ضمانه تاكيدا له ثم اورد عليه قائلا وفيه نظر لانه لا يلزم من ضمانه لكونه
بايعا اسقاط الحق لانتفاء محل ما ضمانه بعقد الضمان مع عدم اجتماع شرائطه التي من جملتها كونه ثابتا
حال الضمان فعدم الصحة قوي ووجه الخلاف ليس في ثبوت ذلك على البايع ام لا فانه ثابت بغير اشكال
بل في ثبوته بسبب الضمان وتظهر الفائدة فيما لو اسقط المشتري عنه حق الرجوع بسبب البيع فله الرجوع عليه
بسبب الضمان لو قلنا بصحته كما لو كان له خياران فاسقط احدهما فانه يفسخ بالاخر ان شاء وفيما لو كان
قد شرط على البايع في عقد البيع ضمانا بوجه صحيح فان صححنا هذا اكتفى بالوفاء بالشرط وان لم يحصل
المشتري نفع جديد فقد ظهر ان هذا الضمان يفيد فائدة اخرى غير التاكيد لو قلنا بصحته وبه يظهر
ضعف تعليل جوازه بكونه ثابتا ضمن ام لم يضمن لان هذه الفوائد لا تحصل لم يكن ثابتا بدونه ولم يضمن وقد
صح في ضه ايضا بما ذكره في صحة النظر وبالفائدة الاولى وثانيهما انه لا يصح وهو لجامع المقاصد ولك
ولهم وجوه منها الاصل ومنها ما ذكره في جامع المقاصد قائلا وفي ضمان البايع دلنا اشكال لبقاء

من انه ضمان ما لم يجب فلا يصح ومن وجود سببه وهو العقد واقتضائه فان بيع المغصوب مع جهل المشتري
يقتضي رجوعه عليه بما يغرمه والتحقيق ان هذا الضمان لا اثر له لان ذلك واجب بدونه فانه من مقتضيات
العقد فلا معنى لضمانه حتى لو ضمن ما لم يقتضه العقد كالرجوع بما لو غرمه المشتري بعد ظهور الاستحقاق في
كعوض المنافع المستوفاة على قول لم يصح الضمان لانه ضمان ما لم يجب بل لا معنى لهذا الاشكال ان كان
في ثبوت ذلك على البايع فلا وجه له لان ذلك وان كان في قضاء هذا الضمان ثبوته ايضا ليكون
مؤكدا فلا وجه له ايضا لانه ضمان ما لم يجب وفي جميع ما ذكره نظر بل القول الاول اقرب فيترتب عليه
ما اشار اليه في لك من الفائدتين **مسئلة** اذا ضمن باذن المضمون عنه ثم اختلف الضامن
والمضمون له في دفع المال المضمون فادعاه الاول وانكره الثاني فالقول قوله كما صرح به في يع ود وعد وكره
والتحرير وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة والكفاية بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما يستفاد من الكتب
المذكورة حيث لم ينقلوا فيه خلافا وعلله في لك باصالة عدم القبض وفي جامع المقاصد والكفاية ومجمع الفائدة
بانه منكر وانما يكون القول قول المنكر هنا مع يمينه كما صرح به في يع والتحرير وجامع المقاصد بل الظاهر
انه مما لا خلاف فيه ويدل عليه مضافا الى ما ذكر عموم النبوي المشهور البينة على المدعي واليمين على من انكر
وان شهد المضمون عنه للضامن بالدفع الى المضمون له قبلت شهادته مع استجماعها لجميع شرائط قبول
الشهادة التي منها انتفاء التهمة وقد صرح بذلك في يع ود وعد والتحرير وكره واللمعة وضه ولك ومجمع
الفائدة والكفاية بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه واحتج عليه في لك وضه بان المضمون عنه مع اذنه في الضمان
يثبت عليه ما يغرمه الضامن فشهادته له بالاداء شهادة على نفسه وشهادة لغيره فتسمع ويظهر من
الكتب المذكورة عدم قبول شهادته مع التهمة وقد ذكر في لك وضه وجامع المقاصد لها صورا فالتي
فيها تسمع شهادته الا ان يعترض عليه تهمة في الشهادة بحيث تفيده فائدة زائدة على ما يغرمه فترد وقد
فرضوا التهمة في صور منها ان يكون الضامن قد صالح على اقل من الحق فيكون رجوعه انما هو بذلك
فشهادة المضمون عنه له تجر الى نفسه نفعا فان ذلك اذا لم يثبت يبقى جميع الحق في ذمة الضامن
وفيه نظر لانه يكفي في سقوط الزائد عن المضمون عنه اعتراف الضامن بذلك فلا حاجة الى الثبوت

بالبينة

بالبينة كما لا يخفى فيندفع التهمة فيقبل الشهادة ومنها ان يكون الضامن معسرا ولم يعلم المضمون له
باعساره فان له الفسخ حيث لم يثبت الاداء ويرجع على المضمون عنه فيدفع بشهادته عود
الحق الى ذمته ومنها ان يكون الضامن قد تجدد عليه الحجر للفلس والمضمون عليه دين فانه يوفر
بشهادته مال الضامن فيزداد ما يضرب به ولا فرق فيهما بين الصورتين بين كون الضامن متبرعا
وبسؤاله لان فسخ الضمان يوجب العود على المديون على التقديرين اما الاولى فهي مخصوصة
بالضامن بسؤال ليرجع بما غرم وما ذكراه جيد وينبغي التنبيه على امور الاول انما تسمع شهادة
المضمون عنه بذلك على المشهور من كون الضمان ناقلا لا ضم ذمة الى اخرى كما نبه عليه في يع ونبه عليه
في لك قائلا انما تسمع الشهادة على القول بكون الضمان ناقلا كما هو المذهب فلو قلنا بانه يفيد الضم
خاصة لم تسمع مط وقول المص على القول بانتقال المال يشعر بان لاصحابنا قولا بغيره وفيما تقدم
اشارة اليه ايضا وهو نادر الثاني اذا لم يقبل شهادة الضامن بسبب من الاسباب كعدم العدالة ووجود
التهمة ولم يكن بينة اخرى مقبولة وحلف المضمون له اخذ من الضامن ما حلف عليه كما صرح في الشرايع
والارشاد وكره والتحرير وعد واللمعة وجامع المقاصد ولك وضه ومجمع الفائدة والكفاية بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه
ويرجع الضامن الماذون على المضمون عنه بما اداه اولا ولا يرجع عليه بما اداه ثانيا كما صرح به في الكتب
المذكورة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه واحتج عليه في لك وضه وجامع المقاصد ومجمع الفائدة بتصادقهما
على كونه هو المستحق اولا في ذمة المضمون عنه واعترافهما بان الماخوذ ثانيا ظلم وليس بسبب الضمان
ولا يخفى ان ذلك مشروط بمساواته لاول الحق او قصوره والا يرجع باقل الامرين كما صرح به في التذكرة
وعد والكفاية وصرح بالتهمة في جامع المقاصد وضه ولك محتجين فيها بان الضامن لا يستحق الرجوع
بالزائد عليه وزاد في ضه ولك قائلا ومثله ما لو صدقه على الدفع وان لم يشهد وهو جيد
الثالث لو لم يشهد المضمون عنه للضامن الماذون بما ادعاه من دفع الحق الى المضمون له ولم يعترف به
صرح في الارشاد والتحرير بانه يرجع على المضمون عنه بما اداه ثانيا وصرح به في يع اولا ولكن صرح اخيرا
بانه لو قيل يرجع بالاقل من الامرين كان حسنا وقد صرح به في ضه قائلا ولو لم يصدقه على الدفع الذي

ادعاه رجع عليه بالاقل مما ادعى اداه ولا واداه اخيرا لان الاقل ان كان هو الاول فهو معترف بانه
لا يستحق سواه وان المضمون له ظلمه في الثاني وان كان فلم يثبت ظاهرا سواه وصرح في القواعد وكره
وجامع المقاصد وكذلك والكفاية بان الضامن يرجع على المضمون عنه بالاقل من الامور الثلثة ما اداه اولا
ثم عمره وما اداه اخيرا باعتبار الحلف ونفس الحق المضمون واشار الى وجهه في جامع المقاصد وكذلك فالبين
انه يرجع بالاقل من الثلثة لان الاقل ان كان هو ما غرمه اولا فلا عمراته لا يستحق سواه وان الثاني ظلم
وان كان الاقل ما غرمه ثانيا فلانه لم يثبت ظاهرا سواه وان كان الاقل هو الحق فلانه انما يرجع بالاقل من المدفوع
والحق وما ذكره هو المعتمد عندي بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه وان قصرت جملة من العبارات عن افادته
الرابع اذا تبرع بالضمان ثم ادعى الدفع الى المضمون له وانكره كان القول قوله مع يمينه كما في صورة الاذن
بالضمان وقد صرح بذلك في جامع المقاصد وكذلك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه وتسمع شهادة
المضمون عنه له بالدفع ولا نفصل هنا بين صورة التهمة وعدمها كما صرح به في جامع المقاصد وكذلك
واشار اليه في التذكرة قائلا وان كان الضمان متبرعا عنه فهو اجنبي فلا مانع من قبولها الا انه من الذي
ادعاه لم يؤد الخامس صرح في التحرير بانه لو اعترف المضمون له بالقضاء فانكر المضمون عنه ففي
رجوع الضامن بمجرد اعتراف المضمون له على المضمون عنه اشكال اقربه الرجوع وهو جيد

تنبيه اذا ضمن بسؤال المضمون عنه فادى ما تحمله باعتبار الضمان الى المضمون له
جاز له الرجوع على المضمون عنه بما ادى فاذا دفع اليه المضمون عنه ما اداه ملكه وجاز له التصرف فيه
باي نحو شاء واما اذا لم يؤد الضامن المذكور شيئا فلا يستحق الرجوع على المضمون عنه بما يريد ان
يؤديه قبل الاداء واذا دفع اليه المضمون عنه ما يريد ان يؤديه فهل يملكه الضامن من جهة ضمانه
فيجوز له التصرف فيه باي نحو شاء ويشتغل ذمة المضمون عنه للضامن بنفس سؤال الضمان وتحقق
الضمان او لا فلا يشتغل ذمة المضمون عنه للضامن المذكور لا بعد اداء المضمون له فقبله لا يستحق
شيئا من المضمون عنه ربما يظهر الاول من الشرايع فانه صرح بانه اذا ضمن عنه دينا باذنه فدفعه
الى الضامن فقد قضى ما عليه وقد صرح في المسالك بان هذه العبارة توهم ما ذكر وصرح بالثاني في التذكرة

وصحح بنولة

وصرح به في المسالك ايضا منزلا عبارة الشرايع عليه وهذا القول هو الاقرب عندي للاصل السليم عن المعارض
هنا ويتفرع على ما تمسك به في المسالك من جواز السقوط بالابراء وعلى المختار لا يجوز التصرف فيه
كما صرح به في التذكرة والمسالك معللا بالاذن وهو الاقرب وصرح فيه بانه ان ابرأ الضامن من الدين
او بعضه وجب عليه رد ما قابله الى المديون وهل المدفوع المقبوض في يد الضامن وهو الذي
دفعه اليه المضمون عنه قبل الاداء مضمون على الضامن فلو تلف وجب عليه عوضه سواء كان
بتفريط او تعد ام لا كالمقبوض بالسوم عند جماعة ولا بل لا يضمنه الا بالتعدي والتفريط كالوديعة صار
الى الاول في المسالك قائلا وليس ببعيد كونه مضمونا كالمقبوض بالسوم ولعموم على اليد ما اخذت
حتى تؤدي واستشكل في التذكرة كونه مضمونا بعد ان حكم به وما ذكره احوط بل اقرب ولو
قال المديون للضامن اقض به ما ضمنت عني فهو وكيل والمال في يده امانة لا يضمنه الا بالتعدي
او التفريط كما صرح به في التذكرة وصرح به في المسالك ايضا قائلا بعد الحكم بالضمان فيما سبق نعم لو قال
المديون للضامن اقض به ما ضمنت عني فهو وكيل والمال في يده امانة والفرق بينه وبين
ما سبق واضح لانه دفعه في الثاني اليه ليقضي ما عليه وانه الحق المضمون وعلى التقديرين ليس يتحقق
عليه للضامن بخلاف قوله اقض به ما ضمنت لانه وكالة في دفعه ليقضيه ودفعه ولو قال ادفعه
الى المضمون له فدفعه فقد برئ الضامن والمضمون عنه معا كما صرح به في الشرايع وصرح به في المسالك
ايضا قائلا اما الضامن فلوفاء دينه واما المضمون عنه فلان الضامن لم يغرم فلا يرجع عليه ولا
يمكن اعتبار التقاص الفهري لثبوت ما دفعه المديون في ذمة الضامن لان المدفوع وقد اذن
في وفائه وثبوت مثله في ذمة المضمون عنه لاداء فيتقاصان وصرح في الشرايع بانه لو دفع المضمون عنه
الى المضمون له بغير اذن الضامن برئ الضامن والمضمون عنه وهو جيد وقد صرح به في المسالك قائلا
واما لو دفع المضمون عنه الى المضمون له بغير سؤال الضامن فانه يكون قد تبرع عليه بوفاء دينه
فيبرأ الضامن ولا يرجع عليه هو لعدم غرامته فيبرآن معا ايضا كالسابق لكن الاعتبار مختلف

تنبيه لو دفع الضامن الى المضمون له عوض دينه وما في ذمته من الضمان عروضا

وهل يجوز دفعه الى المضمون له وفاء لدينه الذي ضمنه فلا صرح بالاول في المسالك ٣

ورضي المضمون له بذلك برئت ذمة الضامن ورجع على المضمون عنه حيث كان الضمان بسؤاله
بأقل الامرين من قدر الحق ومن قيمة ما دفع عوضا عنه كما صرح به في الشرايع والارشاد والتحرير
والجامع وذلك وغيره ومجمع الفائدة بلا نقل خلاف فيه كما نبه عليه في الكفاية قائلا قالوا لو دفع
عرضا عن مال الضمان رجع باقل الامرين من قيمته ومن الدين واشار الى وجه ذلك في مجمع الفائدة
قائلا لان الضامن لا يستحق اكثر مما ادى والمضمون عنه لم يؤد اكثر مما في ذمته ومما اداه الضامن
ولهذا لو ابراه عن البعض لم ياخذ الا ما بقي وصرح في ذلك بانه لا فرق في ذلك بين ان يكون قد رضي
المضمون له بالعرض عن دينه بغير عقد وبين ان يصالحه الضامن به عن دينه وزاد في ذلك قائلا
فلو كان ثوبا يساوي مائة وصالحه به على الدين وهو مائتان لم يرجع الا بقيمة الثوب وما ذكره
جيد وصرح في ذلك بان هذا اذا جرى البيع على العرض بنفس المال المضمون اما لو صالحه عليه بثمن
مطلق ثم تقاضيا فالمتجه رجوعه بالثمن لانها يثبت له في ذمته بغير استيفاء وانما دفع الاداء
ثم صرح بانه يحتمل الرجوع بقيمته خاصة قائلا لان الضمان وضع للارتفاق وتوقف في كره
في ذلك وعندي فيما ذكره من الاحتمال نظر بل الاحتمال الاول في غاية القوة مع انه احوط ولعله
منهل اذا ضمن المريض في مرضه ومات فيه فاطلق في الشرايع والارشاد وغيرهما انه يخرج
من الثلث وفيه نظر والتحقيق ان يقال لا اشكال ولا خلاف على الظاهر في صحة ضمان المريض في الجملة
وقد صرح في التذكرة بعدم الخلاف فيه قائلا المريض يصح ضمانه ولا نعلم فيه خلافا ولا فرق في ذلك
بين مرض الموت وغيره كما صرح به في التذكرة وجامع المقاصد فان ضمن في مرضه ولم يكن مرض الموت
انما عوفي من مرضه صح ضمانه مطلقا كما صرح به في التذكرة وجامع المقاصد وان كان مرض الموت
فان تبرع بالضمان بحيث لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه فذهب في الشرايع والارشاد والقواعد
والتحرير الى انه يخرج ما ضمنه من الثلث وصرح في كره وجامع المقاصد بانه مبني على القول بان منجزات
المريض يخرج من الثلث قائلين اذا كان مرض الموت فان تبرع بالضمان نفذ من الثلث عند كل
من لا يخصص من جعل منجزاته امضاه هنا من الاصل وصرح في ذلك بان وجه كون التبرع بالضمان

من منجزات

من منجزات المريض التي وقع الخلاف في انها تخرج من الثلث او من الاصل لانه التزام مال لا يلزمه ولم ياخذ عنه عوضا
فاشبه الهبة ثم صرح فيه وفي التحرير بانه لو اجاز الورثة نفذ من الاصل وان ضمن بسؤال المضمون عنه
ولم يتبرع بالضمان فصرح في التذكرة وذلك بان حكمه حكم ما لو باع نسيئة وهو انه ان علم حصول امكان
الرجوع لعسر المديون بحيث يعلم عدم وصول ماله اليه كان ماضيا من الثلث والا
مضى من الاصل وزاد في ذلك قائلا ولو امكن الرجوع بالبعض
فهو كبيع المحاباة يتوقف ما يفوت على الثلث
هذا كله مع عدم اجازة الورثة والا
نفذ من الاصل

والحمد لله رب العالمين
وصلى الله على محمد
وآله الطاهرين

في الحوالة **مقدمة** قد تضمنت جملة من الكتب تعريف الحوالة فصرح في الوسيلة بانها
انتقال الحق من ذمة الى ذمة وفي الشرايع والكفاية بانها عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة
بمثله وفي القواعد بانها عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى اخرى وفي التحرير بانها عقد شرع لانتقال الحق
من ذمة الى اخرى وفي التذكرة بانها تحويل من ذمة الى ذمة وفي اللمعة بانها التعهد بالمال عن المشغول
بمثله وصرح في التحرير بان الحوالة تتعلق بثلثة اشخاص المحيل وهو الذي عليه الحق والمحتال وهو الذي
ينقل الحوالة والمحال عليه وهو الذي عليه الحق للمحيل يقال احاله الحق عليه يحيله احالة واحتال الرجل
اذا قبلها والمحال به هو الدين نفسه واشار الى ما ذكره في المبسوط ايضا **منهل** الحوالة مشروعة
وجائزة شرعا وهي من العقود اللازمة لا الجائزة اما جوازها شرعا فقد صرح به في الخلاف والمبسوط والنهاية
والغنية والوسيلة والجامع والنافع والشرايع والتحرير والتلخيص والارشاد والتذكرة وعد ولمعة و
التنقيح والمهذب وجامع المقاصد وذلك وغيره ومجمع الفائدة والكفاية والرياض وغيرها ولهم وجوه منها

لظهور الاتفاق عليه ومنها تصريح المبسوط بانه اجمعت الامة على جواز الحوالة ومنها تصريح التذكرة والرياض
بان الحوالة عقد جائز مشروع بالنص والاجماع وتصريح التذكرة ايضا بانه اجمع كل من يحفظ عنه العلم على جواز
الحوالة في الجملة وتصريح التحرير بجواهر الكلمات بانها عامله صحيحة في قول العلماء كافة وتصريح الرياض
ذلك بان جوازها متفق عليه ومنها ما تمسك به في التذكرة من خبر منصور بن حازم عن الصادق عليه السلام
قال سألته عن الرجل يحيل على الرجل الدراهم ايرجع عليه قال لا يرجع عليه ابدا الا ان يكون قد افلس قبل
ذلك ومنها ما تمسك به في التذكرة قائلا وروي العامة عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وآله قال
مطل الغني ظلم واذا اتبع احدكم على ملي فليتبع وفي لفظ آخر واذا احيل احدكم على ملي فليحتل قال
صاحب الصحاح يقال اتبع فلان بفلان اذا احيل له عليه والتبيع الذي لك عليه مال ومنها السيرة
المستمرة بين المسلمين قديما وحديثا وعدم وجود الانكار في نص ولا فتوى واما انها من العقود فقد
صرح به في المبسوط والوسيلة والشرائع وعد والتحرير والجامع وضه وغيرها بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه
واما كونها من العقود اللازمة فقد صرح به في المبسوط قائلا الحوالة عقد من العقود يجب الوفاء به
لقوله تعالى اوفوا بالعقود ووجوب الوفاء يدل على جوازه وصرح بلزومه في الخصرالاسم وكره والتحرير ولك
وضه ومجمع الفائدة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه واحتج عليه في الاخير بقوله م المؤمنون عند شروطهم
وبالآية الشريفة **تنبيه** ليست الحوالة بيعا بل استيفاء حق بعقد مستقل وقد صرح بانها
ليست بيعا في الخلاف والمبسوط وكره والتحرير ولك والجامع وحكي في موضع من كره عن بعض
قبل القول بانها بيع والظاهر انه من العامة لتصريحه بان الاظهر عندهم انها بيع وقد حكاه في ضه عن العامة
مدعيا انه ليس لاصحابنا في ذلك نص وكيف كان فهذا القول ضعيف بل المعتمد ما عليه الاولون من
انها ليست بيعا ولهم وجوه منها انها لو كانت بيعا حقيقة لما صح سلب اسم البيع عنها ولتبادرت
منه والتالي بجميع اقسامه باطل قطعا وقد اشار الى ما ذكر في الخلاف بقوله والذي يقتضيه المذهب
ان نقول انه عقد قائم بنفسه لانه لا دليل على انه بيع وليس من الفاظ البيع ولحاقه به قياسا لا يجوز عندنا
لبطلان القول بالقياس ومنها ما تمسك به في التذكرة ايضا من انها لو كانت بيعا لما جاز التفرق

صحت

صحت لانها بيع دين بدين وذلك منهي عنه والحوالة مأمور بها فتغايرا ومنها ما تمسك به في التذكرة
ايضا من انها لو كانت بيعا لما جاز التفرق قبل القبض لانه بيع الربوا بجنسه فلا يجوز مع التأخير في التفرق
قبل القبض ومنها ما تمسك به في التذكرة ايضا من انها لو كانت بيعا لجازت بلفظ البيع ومنها
ما تمسك به في التذكرة ايضا من انها لو كانت بيعا لجازت من جنسين كالبيع ومنها ما تمسك به
في التذكرة ايضا من ان لفظها يشعر بالتحويل لا بالبيع ومنها ما ذكره في التذكرة ايضا من انها لو كانت
بيعا ومعاوضة لجاز ان يحيل بالشيء على اكثر منه واقل ومنها ما صرح به في التذكرة من انها
ليست بيعا ولا محمولة عليه عند علمائنا اجمع فعلى المختار لا يدخلها خيار المجلس كما صرح به في كره
ولا يتوقف على التقابض في المجلس ولا يتوقف صحتها على ما يتوقف عليه صحة البيع ولا يثبت لها
جميع احكام البيع ويدخلها خيار الشرط كما صرح به في التذكرة ومجمع الفائدة محتجين بقولهم عليهم السلام
كل شرط لا يخالف الكتاب والسنة فهو جائز وبعضهم بقولهم م المؤمنون عند شروطهم وبقوله تعالى
اوفوا بالعقود **تنبيه** قد عرفت ان الحوالة عقد من العقود فيتوقف على الايجاب والقبول
كغيرها من العقود وقد صرح بذلك في الوسيلة وكره وضه ولك وصرح فيه بان الايجاب من المحيل
والقبول من المحتال وهو جيد ولا اشكال في تحقق الامرين بما اشار اليه في جواهر الكلمات قائلا
وصيغة الحوالة ان يقول المحيل للمحتال احلتك بما تستحقه في ذمتي بدينه وهو كذا عوضا عما تستحقه
في ذمتي وهو كذا فيقول المحتال استحللت وقبلت ويقول المحال عليه رضيت وقبلت الحوالة ولا
ينحصر فيما ذكر بل يتحققان بما صرح به في التذكرة قائلا والايجاب كل لفظ يدل على النقل مثل احلتك
وقبلتك واتبعتك والقبول ما يدل على الرضا نحو رضيت وقبلت وهل يشترط فيهما اللفظ فلا
يتحققان بالفعل الدال على المراد ولو كان كناية ولا بل يكفي الفعل صرح بالاول في لك وضه والرياض
قائلين ويعتبر فيهما ما يعتبر في غيرهما من اللفظ العربي والمقارنة وغيرهما واما رضا المحال عليه فيكفي
كيف اتفق متقدما ام مقارنا ام متراخيا وربما اكتفي بفعله ايضا لحصول الغرض المطلوب منه بذلك
وهو ظاهر مما يستفاد مما ذكره من اشتراط اللفظ من التذكرة ايضا وصرح بالثاني في مجمع الفائدة

لانه لا يشترط اللفظ في الايجاب والقبول في البيع واكثر العقود فكذا هنا وذلك اما للاولوية القياس
بطريق اولى كما صرح به في مجمع الفائدة او للاستقراء المفيد للظن الذي قد تقرر ان الاصل فيه الحجية او
لتنقيح المناط او لعموم الدليل لاشتراك في مسلك نفي الاشتراط وقد صرح في مجمع الفائدة
بان عموم ادلة جوازها يفيد عدم الاشتراط وانه اولى بالاصل وثانيا بانها شرعت للارفاق فيناسبها
المسامحة والمساهلة وثالثا لظهور خبري منصور بن حازم وابي هريرة المتقدمين في عدم الاشتراط
وصرح ايضا بان كونها عقدا لازما لا يستلزم الاشتراط واذا جاز الامران بالفعل جاز باي لفظ دل
عليهما عربيا كان مع ذلك ولو كان ملحونا او غير عربي فارسيا كان او غيره وينبغي التنبيه على امور الاول
هل يشترط المقارنة بين الامرين فلو دفع المحيل الايجاب ولم يقبل المحتال الا بعد مدة طويلة اما لكونه في بلد
نائيا او لغير ذلك او لا يشترط ذلك صرح بالاول في ضه ولك وبالثاني في جامع الكلم المنسوبة الى الفاضل
الصيمري قائلا اعلم انه لا يشترط مقارنة قبول المحال عليه بل والمحال على الغائب فيصح عند اخباره
بالحوالة لجواز ذلك وهذه نكتة لا يطلع عليها كل احد ويدل على المختار ما قلناه كلام العلامة في عد
في صورة النزاع من باب الوكالة فان ذلك لو ادعى احالة الغائب عليه وصدقه احتمل قويا وجوب الدفع اليه
لان الدفع غير مبرئ لاحتمال انكار المحيل وهو نص على ما قلناه وما صار اليه من عدم اشتراط ذلك
هو الاقرب لعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وعموم قوله المؤمنون عند شروطهم وعموم خبر
منصور بن حازم الناشئ من ترك الاستفصال واطلاق النبوي المتقدم وخلو الروايات ومعظم
فتاوى الاصحاب من المتقدمين والمتأخرين عن الاشارة الى كون ذلك مع توفر الدواعي عليه لكون
الغالب في الحوالات الحوالة على الغائبين واشتهارها بين المسلمين الثاني صرح في كره بانه يشترط فيها
التنجيز قائلا ولا تقع معلقة بشرط ولا صفة بل من شرطها التنجيز فلو قال اذا جاء راس الشهر او ان قدم
زيد فقد احلتك عليه لم يصح لاصالة البراءة وعدم الانتقال ويظهر من مجمع الفائدة ان ذلك ليس
بشرط محتجا بقوله المسلمون عند شروطهم وهو في غاية القوة لجميع الوجوه المتقدمة الدالة على عدم
اشتراط المقارنة وبها يندفع الاصلان اللذان اشار اليهما في التذكرة ولكن مراعاته احتياط مهما

امكن لما

امكن ولي الثالث صرح في التذكرة بانه لو قال احلني على فلان فقال احلتك افتقر الى القبول ولا يكفي
الاستيجاب قائلا كالخلاف المذكور في البيع في الاستيجاب والايجاب ثم هنا وقطع بعض الشافعية
بالانعقاد هنا لان الحوالة اجيزت رفقا بالناس فيسامح فيها بما لا يتسامح في غيرها والمعتمد
ما قلناه وفيه نظر بل ما حكاه عن بعض الشافعية في غاية القوة منهل يشترط في صحة الحوالة
رضاء الثلثة المحيل والمحتال والمحال عليه اما كون رضاء المحيل شرطا في الصحة فقد صرح به
في الخلاف وط والغنية والوسيلة وفع ونكت النهاية وعد والتلخيص والتبصرة والارشاد و
التحرير والتذكرة والجامع والمهذب وجامع المقاصد ولك وضه وجواهر الكلمات ومجمع الفائدة
والكفاية والرياض ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق على ذلك ومنها تصريح الغنية والتذكرة بدعوى
الاجماع عليه ويعضده اولا تصريح لك وضه والكفاية بانه موضع وفاق وثانيا تصريح مجمع الفائدة
بانه لا نزاع فيه وثالثا تصريح الرياض بانه لا خلاف فيه ومنها ما تمسك به في المبسوط والغنية
وكره ولك وضه والرياض من ان من عليه الحق مخير في جهات القضاء من ماله وذمة المحال ومن
جملته فلا يتعين عليه بعض الجهات مجبرا ومنها الاصل ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة من
انه طرف العقد فيعتبر رضاه واما كون رضاء المحتال شرطا في الصحة فقد صرح به ايضا في جميع
الكتب المتقدمة التي صرحت باشتراط رضاء المحيل ولهم وجوه ايضا منها ظهور الاتفاق عليه ومنها
ظهور جملة من الكتب في دعوى الاجماع عليه فانه صرح في الخلاف والغنية بانه لا خلاف في ذلك
الا من داود وصرح في التذكرة بانه مذهب علمائنا اجمع وصرح في ضه ولك والكفاية بانه موضع
وفاق وصرح في الرياض بانه لا خلاف فيه بين اصحابنا ومنها ما تمسك به في الخلاف قائلا دليلنا
انا اجمعنا على انه اذا رضي المحيل صحت الحوالة وليس على صحتها مع عدم رضاه دليل وقد صرح بما
ذكر في الغنية ايضا ومنها ما تمسك به في التذكرة ولك وضه والرياض من ان المحتال حقه ثابت
في ذمة المحيل فلا يلزمه نقله الى ذمة اخرى الا برضاه ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة
من ان المحتال احد طرفي العقد فيعتبر رضاه ومنها ما تمسك به في الغنية من ان نقل الحق من

ذمته الى اخرى مع اختلافها للذمم تابع لرضاء صاحبه واما كون رضاء المحال عليه شرطا فقد صرح به في المبسوط
والوسيلة والغنية وفع وتبع ونكت النهاية وعقد والتبصرة والارشاد والتلخيص والتحرير والتذكرة
والجامع واللمعة وجامع المقاصد ومجمع الفائدة وجواهر الكلمات وحكاه في الرياض عن ابن ادريس وصرح
في لف وجامع المقاصد ولك وقضة والكفاية والرياض وغيرها بانه المشهور بين علمائنا وذهب في
الروضة الى ان رضاه ليس بشرط قائلا عدم اعتبار رضاه اقوى وصرح في لك بانه قوى وفي الرياض انه
لا يخلو عن قوة قائلا بعد قول المحقق في النافع وربما اقتصر بعض على رضا المحيل والمحتال واشار به في
المهذب الى الحلي وابن حمزة فانه ممن يشترط رضا الثلثة كما يستفاد من عبارته المحكية في تبع الصيمري
وفي المنتج نسبته الى الحلي التقي وفيه في لف حكايته عن الشيخين ومال اليه هو وشيخنا الشهيد الثاني
في كتابيه كالفاضل المقداد في التنقيح فلا يخلو عن قوة ثم ذكر وجه ما قواه واستظهر هذا القول المحقق
في النكت من النهاية وفي لف من جماعة من القدماء وقائلا المشهور بين علمائنا اعتبار رضا المحال عليه
في الحوالة وقال ابن حمزة يصح الحوالة بشروط عشرة الى ان قال ورضا المحال عليه على الصحيح وهو يشعر
بوجود قول لبعض اصحابنا فيه وانه لا يعتبر رضاه ولم نقف على حديث يقتضي ما ادعاه علماؤنا في هذا
الباب مع ان الشيخ المفيد لم يذكر اعتبار رضا المحال عليه وعبارته تشعر بعدم اعتبار رضاه فانه
قال فاذا كان لانسان على غيره مال فاحاله به على رجل ملي به فقبل الحوالة وابرأه منه لم يكن له رجوع
ضمن ذلك المال المحال به عليه او لم يضمن فانه لم يقبل الحوالة الا بعد ضمان المحال عليه وان لم يضمن من احيل
عليه ذلك كان له مطالبة المديون ولم يبرأ ذمته بالحوالة وكذا قال الشيخ فيه قال ابن ادريس لقول
الشيخ وجه وصرح في جامع المقاصد بان لاصحابنا قول بانه لا يشترط رضا المحال عليه ويلوح من لف
الميل اليه ولا ريب في متانته ودليله الا ان الشهرة ونقل الاجماع يمنع للاشتراط فقد ظهر مما ذكرناه ان
في المسئلة قولين احدهما القول بالاشتراط وهو للمعظم وثانيهما القول بعدم الاشتراط وهو لجماعة
للاولين وجوه منها ما تمسك به في الخلاف والمبسوط والغنية قائلين يشترط ذلك لاجماع الامة
على انه اذا رضي المحال عليه صحت الحوالة ولم يدل على صحتها من غير رضاه دليل واجاب عنه في لف بان

نفي الاجماع

بالعقود

نفي الاجماع دليل خاص ونفي الخاص لا يستلزم نفي العام مع ان الاصل يقتضي الصحة لعموم قوله تعالى اوفوا
وهذا الجواب حسن على تقدير نهوض الاية الشريفة لافادة اصالة الصحة في العقود وهي محل كلام
كما بيناه في المفاتيح ومنها ان الشيخ والعلامة في التذكرة ادعيا الاجماع على كون رضا المحال عليه
شرطا في الصحة اما الاول فقد صرح في لك والكفاية وغيرهما بانه ادعى الاجماع على ذلك قائلين اما
المحال عليه فالمشهور بين الاصحاب اعتبار رضاه بل ادعى عليه الشيخ الاجماع واما الثاني
فقد صرح في مجمع الفائدة بانه ادعى الاجماع على ذلك قائلا واما المحال عليه فاشتراط رضاه
مع اشتغال ذمته فقد نازع فيه في شرح تع مع نقله الاجماع عن الشيخ وعدم نقل الخلاف فيه
بالجملة الاجماع المنقول عن الشيخ والمفهوم من التذكرة حيث قال واصحابنا شرطوا رضا الثلثة
وفي موضع اخر ويشترط عندنا رضا المحال عليه ثم نقل الخلاف عن بعض العامة فقط مع
عدم ظهور الخلاف فيظهر منه الاعتماد على هذه الحجة مع انه غالبا لم يعتمد على الاجماع المنقول
بل لم يحضرني مقام تمسك فيه بالاجماع المنقول غير محل البحث وكذا يظهر من جامع المقاصد
هنا التمسك بها بل وبالشهرة ايضا واورد على هذه الحجة في الرياض قائلا ويضعفه اولا
بان الموجود في كلام الشيخ المحكي في لف ليس الا دعوى الاجماع على صحة الحوالة مع رضى الثلثة و
عدمها مع عدمه وهما غير الاجماع المحكي هنا ولم يحكه عنه هو ولا غيره سوى لك ولعله
اشتباه ويبعده غاية البعد وقوفه على كلام لف وله بعد عليه مع ان كتاب الخلاف مما ديدنه ذكر
الاجماع عليه ولم يحكه فيه هنا ونحوه ابن زهرة في الغنية والحلي في السرائر مع ان ديدنهما نقل الاجماعات
في المسائل لم ينقلاه هنا اصلا بل اقتصر على الموجود في لف من كلام الشيخ مع ان في الغنية حكى
الاجماع على اشتراط رضاء الاولين ولم يحكه ولو كان اجماعا لنقله قطعا كما لا يخفى على الممارس
لكتابه هذا جدا واما التذكرة فالمحكي فيها ليس صريحا في الاجماع اذ غاية ما ذكر في عبارته في المقام
الاول هو انه قال اصحابنا اه وفي الثاني يشترط رضاه عندنا وهما ليسا نصين في الاجماع
بل ولا ظاهرين بعد ملاحظة ذكره نحو العبارتين في لف مما يتضمن نسبة الحكم الى الاصحاب

مع انه في صدد المسألة ذكر انه مشهور بين الاصحاب هو ظاهر في وقوع الخلاف فيه وعدم الاجماع مع ان
ذكره الحكم فيه يدل على عدم الاجماع عليه مضافا الى نقله الخلاف فيه عن ظاهر المفيد والنهاية وحكاه
عنه ايضا ابن حمزة المتقدم بل الظاهر في وقوع الخلاف بينا في المسألة في زمانه ونحو عبارة
السرائر والغنية بل هما صريحان في عدم الاجماع ووقوع الخلاف هنا مضافا الى مصيره في المختلف الى
تقوية ما حكاه عن الشيخين وهو بعيد معلوم منه تأخر لفظ عن كونه نص في عدم الاعتداد بما
قاله في التذكرة مما ظاهره حكاية اما من حيث سلب ظهورها في دعوى الاجماع او ظهورها في نفي
خلاف فيه لو لا الالتفات الى الخلاف وقد بينا فساد ذلك فيما ذكره اما اولا فان قوله قدس سره وتضعيف الاول
بان الموجود آه مدفوع بان الظاهر بل المقطوع به ان مثل الشهيد الثاني والفاضل الخراساني لا يحكيان
دعوى الاجماع على اشتراط رضا المحال عليه عن الشيخ باعتبار قوله الذي حكاه عنه في المختلف فانه
لا دلالة فيه على ذلك بوجه من الوجوه لا مطابقة ولا تضمنا ولا التزاما وذلك معلوم عند ادنى
المحصلين بل سائر الناس الذين لا حظ لهم من العلم كيف وهما مع بلوغهما حدا لا كمال في العلوم التي
من جملتها العلوم اللغوية يتوهمان دلالة ما نقلناه من العبارة على ذلك فمن المقطوع به انهما عثرا
على تصريح الشيخ في مقام آخر بدعوى الاجماع على ذلك وهو امر غير مستحيل لا عقلا ولا عادة بل
واقع كثير فانا رأينا كثيرا من الاجماعات المحكية والاخبار المروية في غير ابوابها وبعضها ما ذكرنا واعتماد
المحقق الثاني في المسألة على الاجماع المنقول مع اعترافه بعدم تمامية دليل القول الثاني ومن الظاهر انه
من الاجماع المنقول هنا هو ما حكاه الشهيد الثاني وغيره هنا ولو كان ما ذكره قدس سره متجها
لاورده المقدس الاردبيلي وغيره على الشهيد الثاني وحكايته نقل الاجماع على الاشتراط عن الشيخ ولم
نجد احدا غيره قدس سره اورد على الشهيد الثاني بما اورده واما ثالثا فان قوله قدس سره ولم يحكه عنه هو اه مدفوع
بالمنع من الحصر المذكور لما بيناه سابقا من ان حكاية الاجماع عن الشيخ لا يختص بالمسالك بل حكاه ايضا
في الكفاية وغيرها كما هو ظاهر جامع المقاصد لاحتمال الاشتباه من خصوص الشهيد الثاني في غاية
البعد بحيث يكاد الانسان ان يقطع بعدمه وعلى تقدير جوازه فيندفع بان الاشتباه هنا

من الجماعة

من الجماعة الذين تقدم اليهم الاشارة قريب من ان يدعى كونه من المحالات العادية وان لم يكونوا
من اهل العصمة واما ثالثا فان قوله قدس سره ويبعد غاية البعد آه يندفع بما بيناه سابقا
من امكان العثور على كلام آخر للشيخ متضمن لدعوى الاجماع على الاشتراط وعدم بعده عقلا
وعادة بل المستبعد هنا غاية البعد نسبة الاشتباه الى الجماعة الحاكين لدعوى الاجماع عن الشيخ
ومن المقطوع به ان عدم اطلاعنا بانفسنا على حكاية الشيخ للاجماع لا يقتضي بعد حكايته خصوصا
مع تعدد كتب الشيخ وكثرة ابواب كل كتاب وبالجملة عدم الوجدان لا يدل على عدم الوجود كما هو
المشهور بين العقلاء واما رابعا فان قوله قدس سره مع ان كتابه آه يندفع بانه لا يستحيل عقلا
ولا عادة ان لا يطلع الانسان على الاجماع في كتاب دون آخر على انا نمنع من عدم حكاية الخلاف
الاجماع على ذلك فلعله حكاه في باب آخر لم يعثر عليه وعدم حكايته في هذا المقام لا يستلزم
عدم حكايته مطلقا على ان الظاهر من الخلاف هنا كون شرطية رضاء المحال عليه مما لا خلاف فيه
بين اصحابنا الامامية لاقتصاره في نقل الخلاف على نقل الخلاف عن بعض العامة ولو كان الخلاف
بين الامامية عنده متحققا لكان بالتنبيه والاشارة اولى واحرى كما لا يخفى واما خامسا
فان قوله قدس سره ونحوه ابن زهرة آه مدفوع بان كلام ابن زهرة وان كان ظاهرا في وجود الخلاف
في المسألة ولكنه ليس بظاهر انه من الامامية فلعله من العامة بل هو الظاهر كما لا يخفى اذ لو كان
المخالف من الامامية لنبه عليه ولتكلم في المسألة بازيد مما تكلم والاجماع الذي ادعاه على شرطية
رضا المحيل والمحال يريد به اجماع المسلمين لشهادة استثنائه واما دعوى الاجماع على شرطية
رضا المحال وبالجملة ليس في عبارة ابن زهرة ما يدل على عدم ثبوت اجماع الامامية عنده لاعدم
تنبيهه على ثبوته ومن الظاهر انه اعم عقلا وعادة والعام لا يدل على الخاص بشيء من الدلالات
بل قد يدعى ان عدم تنبيهه على المخالف من الامامية ظاهر في عدمه عنده والا لنبه عليه سلمنا
ان كلامه ظاهر في عدم ثبوت اجماع الامامية لكن ذلك لا يدل على اعتقاد وجود الخلاف منهم
كما لا يخفى ومن الظاهر ان عدم علم ابن زهرة بالاجماع لا يقتضي القدح فيما نسب الى الشيخ من دعوى

الاجماع ونسبة الناسب الى الاشتباه وبالجملة المناقشة فى اخبار العدول التى يثبت حجيتها
بالادلة القاطعة بنحو ما ذكره بعيدة جدا خصوصا مثل الجماعة الذين تقدم اليهم الاشارة
واما سادسا فبان قوله قدس سره واما التذكرة فالمحكى فيها ليس صريحا فى الاجماع اذ غايته آه
مدفوع بانه لا يشترط فى العبارات المتضمنة لدعوى الاجماع الصراحة بل يكفى ظهورها فيها
وقد اعترف قدس سره فى غير مقام بظهور لفظ اصحابنا ولفظ عندنا فى دعوى الاجماع كما فهمه المقدس
الاردبيلى هنا ويؤيد ارادة التذكرة من العبارة دعوى الاتفاق فيها لم نسب الخلاف من
الامامية هنا بل اقتصرت على الاشارة الى مذاهب العامة فلو ظهر عنده مخالف من الامامية لنبه
عليه قطعا وما ذكره فى لف لا يصلح لان يكون قرينة صارفة لما فى التذكرة ولا يستحيل عقلا
ولا عادة ان يطلع الانسان بالاجماع فى الكتاب المتقدم ويشك فيه او يعلم بعدمه فى المتاخر
لشبهة تعرض له وذلك غير قادح فى حجية الاجماع المنقول على ان ما فى لف من دعوى الشهرة و
النسبة الى علمائنا مما يصلح لان يكون مؤيدا لما فى التذكرة ويؤيده ايضا انه فى القواعد
والارشاد والتبصرة والتحرير والتلخيص صرح بانه يشترط رضاء الثلثة من غير اشارة الى الخلاف
والاشكال ونحوها الشرايع ووقع واللمعة والجامع فهذه الكتب ظاهرة غاية الظهور فى عدم الخلاف
واما المختلف فهو وان لم يكن فيه ذكر المسئلة الا انه ينقل خلافا صريحا من احد من الامامية بل انما
استشعر الخلاف من عبارات الاسعاد لجماعة كما سننبه ان شاء الله تعالى واما سابعا فبان
قوله قدس سره مع انه فى صحة المسئلة مدفوع بان دعوى الشهرة وان كانت ظاهرة فى وجود
الخلاف ولكن المخالف الذى زعم مخالفته ليس كلامه صريحا بل ولا ظاهرا فى المخالفة كما سنشير اليه ان شاء الله
مع ان مثل الدعوى معارضة بالنسبة الى علمائنا فتم واما ثامنا فبان قوله قدس سره مع ان ذكره
الحكم آه مدفوع بان كتاب المختلف وان كان وضعه لبيان المسائل المختلف فيها ولكنه كثيرا ما
يشير الى المسائل المجمع عليها فمجرد ذكر المسئلة فى لف لا يدل على كونها محل النزاع كما لا يخفى
واما تاسعا فبان قوله مضافا الى نقل الخلاف فيه آه مدفوع بانه لم يصرح فى لف بان هؤلاء

في الكتاب المتقدم لعدم الاطلاع لنا
ابتفاع الظن منه بل
ولعموم ما دل على حجية
الاجماع المنقول
م

مخالفون له بل استشعر منهم الخلاف باعتبار عباراتهم التى نقلها فيه وهى كعبارة الغنية والسرائر غير صريحة
ولا ظاهرة فى وجود الخلاف من الامامية فى المسئلة ولعل المراد بذلك التنبيه على وجود الخلاف و
الاشكال بين العامة لا من الخاصة فان الغالب فى احوال القدماء التعرض لخلاف العامة واشكالاتهم و
ردها ولا ينكر ذلك الا من لم يتتبع فى كتب القدماء ولم يطلع على طريقتهم سلمنا الاشعار ولكنه ليس
بحجة ولا يصح القول الى صاحبه على انه قد يدعى الاشعار بالاتفاق لا ما يبعد ان يكون المراد التصحيح
عندهم فتم واما عبارة المقنعة والشيخ فى النهاية التى حكاها فى لف فليست بصريحة فى المخالفة قطعا
نعم ربما كان اطلاقها دالا عليها ولكن الاطلاق ظاهر يرتفع ظهوره اذا ورد فى بيان حكم اخر كما فى عبارتهما
كما لا يخفى وقد اعترف قدس سره بضعفه لان الاطلاق على العموم اذا ورد فى مقام بيان حكم اخر على
ان الغالب يتحقق رضاء المحال عليه اذا رضى المحيل والمحتال بالحوالة فينصرف اليه الاطلاق المذكور فلم
يقوله ولا دلالة على المدعى بوجه من الوجوه سلمنا الدلالة ولكنها لا تعارض دعوى الاتفاق الاصحاب
فى التذكرة على اشتراط رضاء المحيل فانها اقوى دلالة على موافقة الشيخين للمعظم ولعل المدعى
للاتفاق عثر على عبارة اخرى لهما متاخرة عن تلك العبارة على الموافقة بل هو الظاهر بناء على ظهور
وضع ناقل الخلاف وقد بعد النهاية فى مخالفتهما على تقدير تسليمها غير ما تقدم من حصول الاتفاق
واما عبارة الغنية والسرائر فلما بيناه سابقا واما عاشرا فبان قوله قدس سره هنا مضافا الى مصير
ولغناه مدفوع اولا بان العلامة فى لف لم يصرح باختياره للقول الثانى لا بانه قويا وقوى يجب
يكون مذهبا له بل انما الموجود فيه هو التصريح بعدم الاطلاع على مستند الاصحاب فى حكمهم بكون
رضاء المحال عليه شرطا وباستفادة الخلاف من الشيخين وابن حمزة وما ذكره من شواهد بلوغ شهرة
القول بالاشتراط حدا لا يجسر معه الاقدام على المخالفة وثانيا بالمنع من كون باب الحوالة من كره
او هذه المسئلة منها بخصوصها مصنفا قبل لف بل يحتمل العكس وانما سطر عظيم من التذكرة قبل
الشروع فى تاليف لف وكونه آخر مؤلفاته لا ينافى ما ذكر مع ان معرفة ترتيب كتب العلامة مع
ابوابها فى التاليف مشكل فى الغاية سلمنا مخالفته ومخالفة المفيد والشيخ فى النهاية وابن حمزة

والشهيد الثاني في لك وضه ولكن مخالفتهم لا يقدح في حجية الاجماع المنقول الذي نسبه الى الشيخ
جماعة من المحققين خصوصا اذا اعتضد بالشهرة المحققة والمحكية في كلام جماعة وبالجملة الوجه
المذكور في غاية المتانة بل هو العمدة في اثبات القول الاول بناء على المختار الذي صار اليه المعظم
من حجية الاجماع المنقول بخبر العدل خصوصا اذا كان نقل شيخ الطائفة واعتضد بالشهرة العظيمة
وبعدم ظهور مخالف صريح سوى نادر من الامامية المتاخرة ونحو ما ذكره في لف وموضعين
من التذكرة وبعدم الاشارة الى الخلاف في جملة من كتب الاصحاب التي تقدم اليها الاشارة وقد
لذا ان المحقق الثاني مع قلة اعتماده على الاجماعات المحكية وذكره لها في كثير اعتمد على الاجماع المنقول
في المسئلة مع اعترافه بما ثم دليل القول الثاني وكذا نظيره الاعتماد على الاجماع المنقول هنا
من مجمع الفائدة مع قلة اعتماده عليه وتعرضه له هذا وان جعل الشهرة بنفسها حجة شرعية كما عليه
بعض الاصحاب لا يخرج عن قوة يكون بنفسها دليلا اخر مستقلا على القول الاول وقد تكرر من العلامة
في لف وغيره جعل الشهرة بنفسها دليلا مستقلا على الحكم ومنها ما تمسك به في التذكرة من ان
الاصل بقاء الحق في ذمة المحال عليه للمحيل فيستصحب الى ان يظهر المعارض واجاب عنه في لك
قائلا بان الاصل المذكور معارض باصالة عدم الاشتراط والاستصحاب ينقطع بما ذكرناه خصوصا
مع اتفاق المحققين نصا وفتوى وقد يجاب عما ذكره بان اصالة عدم الاشتراط لا يجد لسوى
عموم ما دل على صحة الحوالة من نحو قوله تعالى اوفوا بالعقود وسيأتي الجواب عنه ان شاء الله تعالى
ومنها ما تمسك به في التذكرة ايضا من ان المحال عليه احد من يتم به الحوالة فكان كالآخرين واجاب
عنه في لك وضه والرياض بان المحيل قد اقام المحتال مقام نفسه في القبض بالحوالة فلا وجه للافتقار
الى رضا من عليه كالتوكيل في القبض منه بخلاف الاخرين ومنها ما تمسك به في التذكرة ايضا من ان
الناس يختلفون في الاقتضاء والاستيفاء سهولة وصعوبة واجاب عنه في لك وضه والرياض
بان اختلاف الناس في الاقتضاء لا يمنع من مطالبة المستحق من نصبه خصوصا مع اتفاق
المحققين نصا وفتوى وزاد في الرياض قائلا وما ربما يقال من انه قياس الحوالة على الوكالة مع

كونها

كونها من العقود الجائزة دون الاولى فانها من العقود اللازمة المترتبة عليها كثير من الاحكام المخالفة
للاصول القطعية غير مفهوم فان المراد من تشبيهها بالوكالة ليس الا لاجل دفع دليل الاشتراط
من اختلاف الناس في سهولة القضاء وصعوبته بناء على انه لو صلح للاشتراط واثبات المانعية
من الحوالة بدون رضاه لصلح لاثبات المانعية من الوكالة مع عدم رضاه بالدفع الى الوكيل بان دليل
المنع من الحوالة فيها لحق بالمزورة ومثله لا يسمى قياسا بل تنظيرا وهو جائز اجماعا حيث حصل
دليلا اخر للحكم في المقيس غير نفس المقايسة كما فيما نحن فيه لان الدليل فيه هو عموم الامر بالوفاء
بالعقود واطلاق كثير مما سيأتي من النصوص ولوجود مثل التنظير بين ما على المحال عليه من
المحتال الحوالة وان لم يرض المحال عليه اجماعا الا من الحلي مع ان دليل المنع جار فيه ايضا ومنها
ما ذكره في جامع المقاصد من ان نقل المال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه تابع لرضاه ويتوقف
عليه واجاب عنه في لك بان التوقف على رضا محل النزاع فلا يجعل دليلا مع انا نمنع من
اقتضاء الحوالة النقل بل هي ايفاء لما في ذمة الغير فلا يقصر عن منعه ولا يشترط فيه رضاه
ومنها عموم قوله تعالى لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه فتم ومنها عموم قوله تعالى
ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وللآخرين وجوه منها
ما تمسك به في لف والرياض من عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود ويجاب عنه بانه مخصص بما دل على
اشتراط رضا المحال عليه من الاجماعات المحكية المعتضدة بالشهرة العظيمة التي لا يبعد معها
دعوى سند وعدم المخالف المؤيدة بالوجوه المتقدمة ومنها اطلاق النبوي اذا احيل احدكم
على ملي فليحتل المؤيد بعموم قوله ص المؤمنون عند شروطهم ويجاب عنه بنحو ما تقدم مع ان
النبوي الاول ضعيف السند بالارسال فلا يصلح للحجية ومنها ما ذكره في مجمع الفائدة
قائلا ما نعرف فيه نصا في شرطية رضا المحال عليه محتجا بانها كالوكالة وبيع ما في ذمته ثم اجاب عنه
قائلا والفرق بين الوكالة والبيع والحوالة واضح وعلى تقدير عدمه فيحتمل كون الفارق هو الاجماع
وبالجملة الاجماع المنقول عن الشيخ والمفهوم من كره والاصل والاستصحاب كونها على خلافه

فيخص عموم حل الرفاق واليقين والتفاوت بين الناس في المعاملات بدفع النزاع ويظهر مما ذكره
اختياره القول الاول الذي عليه المعظم وهو المعتمد عندي بقي معه انه احوط وينبغي التنبيه
على امور الاول اطلاق في المبسوط والغنية والنافع وشرح ... والتبصرة والتلخيص والارشاد
والتحرير واللمعة والجامع وجامع المقاصد ومجمع الفائدة شرطية رضاء المحيل لكن صح في كره
ذلك وضه وغيرها باستثناء صورة خاصة من ذلك قائلين ويستثنى من اعتبار رضاء
المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء فانه لا يعتبر رضاء المحيل قطعا لانه وفاء دينه بغير اذنه والعادة
فيصح ان يقول المحال عليه للمحتال احلتك بالدين الذي لك على فلان على نفسي فيقبل فيشترط هنا
رضاء المحتال والمحال عليه فيقومان بركني العقد وقد نقل في الكفاية ما ذكر عن الشهيد الثاني
من غير تعرض لرده فظاهره الميل اليه وفيما ذكروه نظر والتحقيق ان يقال ان المحال عليه ان تبرع
بالوفاء من دين المحيل ومن غير ماله فلا اشكال في عدم صحة هذه الحوالة اذا لم يرض صاحب الدين
به وان تبرع بالاداء من مال نفسه لا دين الغير ففي صحة هذه الحوالة اشكال من عدم معلومية
صدق الحوالة على المفروض حقيقة وعدم انصراف اطلاق ما دل على صحة الحوالة الشرعي اليه ان
سلمنا كونه حوالة حقيقة لغة وعرفا وشرعا ومن عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود الا انه يجاب عنه
بما ذكره في الرياض تبعا لارادة العبارة ... المصرحة بالاستثناء المذكور قائلا ولعله نظرا الى
جواز الوفاء عنه بدونه بالاتفاق وهو حسن الا ان في صلوحه لادراج مثل هذه الحوالة التي هي
من العقود اللازمة ... نظر لاختصاص اطلاقات نصوصها بغيره وعدم عموم في العقود التي امرنا
بالوفاء بها الا بالنظر الى انواع العقود المتعارفة في زمان الصدور ولا بد من الاقتصار فيها على ما يسمى
بها حقيقة عرفا او عادة لا مطلقا وكون ما ذكر منها على اشكال فلا ينبغي التوقف فيه بحال وفيما ذكره نظر
فان العقود جمع معرف باللام فيفيد العموم الاستغراقي وخروج بعض الافراد منه بالدليل لا يوجب
سقوط حجيتها بالنسبة الى ما لم يقم دليل على خروجه فان العام المخصص حجة في الباقي وفاقا لاكثر حجيته
المحققين وقد بيناه في المناهج وغيره ان الآية الشريفة تفيد اصالة صحة العقود فاذن ما ذكره الحاج

المتقدم

المتقدم اليه الاشارة في غاية القوة لانا نمنع من صدق الحوالة على المفروض حقيقة كما هو الظاهر
فلا يتجه ما ذكروه من حيث كونه حوالة وهل يلزم باعتبار كونه عقدا آخر او لا فيه اشكال لكن
احتمال اللزوم في غاية القوة وعلى اي تقدير لا يتجه ما ذكره من الاستثناء لتحقق رضاء
المحيل هنا وان كان محالا عليه باعتبار آخر ولا امتناع في اتصاف الشخص الواحد بالمتضادين
باعتبارين الثاني صرح في التذكرة وغيرها على شرطية رضاء المحيل بانه لو اكره على ان يحيل
فاحال بالاكراه لم يصح الحوالة ولا نعرف فيه خلافا وهو جيد الثالث ان قلنا بعدم اعتبار
رضاء المحال عليه فهل يختص بصورة اتفاق الحقين جنسا ووصفا او لا بل لا يشترط
مطلقا صرح بالاول في ضه وك والرياض قائلين بعدم اعتبار رضاء المحال عليه فقوي نعم
لو كانا مختلفين وكان الغرض استيفاء مثل حق المحتال توجه اعتبار رضاء المحال عليه
لان ذلك بمنزلة المعاوضة الجديدة فلا بد من رضاء المتعاوضين ولو رضي المحتال باخذ
جنس ما على المحال عليه زال المحذور انتهى الرابع صرح في ك وضه بانه على تقدير اعتبار
رضاء المحال عليه ليس هو على حد رضاء المحيل والمحتال لان الحوالة عقد لازم لا يتم الا بايجاب
وقبول فالايجاب من المحيل والقبول من المحتال ويعتبر فيهما ما يعتبر في غيرها من اللفظ
العربي والمطابقة وغيرهما واما رضاء المحال عليه فيكفي كيفما اتفق متقدما ومتأخرا ومقارنا
وما ذكره من كفاية رضاء المحال عليه كيف اتفق جيد **منهل** لا اشكال في انه يشترط
في المحيل والمحتال والمحال عليه البلوغ والعقل وعدم الحجر وقد صرح بذلك في التذكرة قائلا
يشترط كمالية الثلثة اعني المحيل والمحتال والمحال عليه لان رضاهم شرط وانما يعتبر الرضا من له
اهلية التصرف فلا يصح من الصبي وان كان مميزا اذن له الولي او لا ولا من المجنون وكذا يشترط
رفع الحجر في الثلثة اما المحيل فلما فيه من التصرف المالي والسفيه والمفلس ممنوعان منه واما
المحتال فكذلك لما فيه من الاعتياض عن ماله بماله واما المحال عليه فلانه التزام بمال في
ذمته اشار الى ما ذكره في جامع المقاصد ايضا **منهل** الحوالة عقد ناقل للمال من ذمة

[illegible]

الى اخرى فاذا احال المحيل بحلا على آخر الحق وقبل الحوالة وصحت باعتبار اجتماع جميع شرائطها انتقل
الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فتبرأ ذمة المحيل بناء عليه كالضمان وقد صرح بذلك في المبسوط
والخلاف والغنية والشرائع والنافع والتلخيص والقواعد والتحرير والتذكرة واللمعة وجامع المقاصد
والمسالك والروضة ومجمع الفائدة والكفاية والرياض وقد يحتج عليه بوجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها
تصريح المبسوط بدعوى الاجماع عليه الا من زفر ويعضده اولا تصريح الخلاف بانه قال به جميع الفقهاء
وثانيا تصريح الغنية بانه لا خلاف فيه الا من زفر وثالثا تصريح موضع من التذكرة بانه مذهب علمائنا
اجمع والعامة الا ما يحكى عن زفر وتصريح موضع آخر منها بانه قول عامة الفقهاء ورابعا تصريح التنقيح
بانه موضع وفاق منا ومن العامة الا من شذ منهم بانه جعلها كالضمان وخامسا تصريح الروضة
بانه كالضمان عندنا وسادسا تصريح الرياض بانه حكي عن السرائر كالغنية وكذا دعوى الاجماع على
ان الحوالة توجب البراءة من المال وبالجملة فقد استفاض نقل الاجماع على انها ناقلة للمال من ذمة المحيل
الى ذمة المحال عليه ومنها ما تمسك به في الخلاف قائلا دليلنا ان الحوالة مشتقة من التحويل
فينبغي ان يعطى اللفظ حقه من الاشتقاق والمعنى اذا حكم الشرع بصحته فاذا اعطيناه حقه وجب
ان ينتقل الحق من المحيل الى المحال عليه وقد تمسك بهذا الوجه ايضا في المبسوط والغنية ولف
وكره والمسالك وضه وكذا تمسك به في الرياض ثم قال ويدل عليه اطلاق النصوص وعموم الادلة بلزوم
الوفاء بالعقود كتابا وسنة بناء على ان معنى الحوالة الانتقال من حيث النظر الى مبدأ اشتقاقها
الذي هو التحويل فاذا تحققت وجب تحقق المبدأ واورد على هذا في التنقيح فان اشتقاق الحوالة
من التحول ممنوع لاحتمال التجوز ثم صار في عرف الشرع حقيقة في غير ذلك كما في النسخ فان الاشتقاق
يقتضي ان يكون الناسخ قد نقل المكتوب الى كتابه وليس كذلك بل هو مجاز بمعنى اثبات مثل صورة المكتوب
في كتاب ان قلت الاصل عدم المجاز قلت مسلم لكنه لا يتم لان احد الحقيقتين ليس هو الاخر حقيقة حتى يتحقق
التحويل بل بعض خصوصياته مع عدم اشتراط اتحاد الحقيقتين جنسا ونصا فيكون مجازا
منهل هل تبرأ ذمة المحيل بنفس الحوالة المجتمعة لشرائط الصحة او لا بل لا تبرأ الا بعد ابراء المحال اياه اختلف
المجتهد

الاصحاب

المحال

الاصحاب في ذلك على قولين الاول ان ذمة المحيل تبرأ بنفس الحوالة من غير توقف على ابراء
اياه وهو للشرائع ونكت النهاية والنافع والارشاد وعد والتحرير والتذكرة ولف و
جامع المقاصد والمسالك وضه ومجمع الفائدة والكفاية والرياض والمحكي في جملة من الكتب عن
ابن ادريس وهو الظاهر من الخلاف وط والنافع والتبصرة بل صرح بكونه المشهور في
لف وكره وجامع المقاصد والروضة والمسالك وغيرها وصرح في الكفاية بانه الاشهر
الثاني ان المحيل لا تبرأ ذمته الا بعد ابراء المحال اياه وهو المحكي في لف والتنقيح عن
الاسكافي والمقنعة والشيخ في النهاية وابن البراج وابن حمزة وابي الصلاح وربما يستفاد من
الجامع والتنقيح ايضا للاول وجوه منها ما تمسك به في لف والرياض من ان الابراء
اسقاط لما في الذمة ولا يمكن ثبوته هنا فلا يعد شرطا اما المقدمة الاولى فظاهرة واما
الثانية فلان الاسقاط اما ان يتحقق قبل الانتقال او بعده والقسمان باطلان اما
الاول فلانه يستلزم بطلان الحوالة اذ لا يبقى الانتقال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه
ومحلها لخلو ذمة المحيل ح من حق ينتقل منها واما الثاني فلان ذمة المحيل بعد الحوالة وتحويل
الحق منها الى ذمة المحال عليه يكون خالية من الحق فلا يتحقق الاسقاط ولانها عقد لازم بنفسه
ماخوذة من تحويل الحق من ذمة الى اخرى فاذا تحققت وجب ان يتحقق المعنى المشتق عنه
وقد صرح في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وضه ومجمع الفائدة بان كون الحوالة ناقلة
يستلزم كونها مبرأة لذمة المحيل بنفسها ومنها ان الحوالة لو لم يكن مبرأة لما جاز
للمحال الرجوع على المحيل بعد الحوالة والتالي باطل فالمقدم مثله اما الملازمة فظاهرة
واما بطلان التالي فلجملة من الاخبار احدها خبر منصور بن حازم الذي وصفه في الكفاية
بالموثقية واحتج بها فيها ومجمع الفائدة على هذا القول قال سألت ابا عبد الله عليه السلام
عن الرجل يحيل على الرجل بدراهم ايرجع عليه قال لا يرجع عليه ابدا الا ان يكون قد افلس
قبل ذلك وثانيها خبر عقبة بن جعفر الذي تمسك به في لف ومجمع الفائدة والكفاية

على المدعى عن ابى الحسن عليه السلم قال سالته عن الرجل يحيل الرجل بمال على الصيرفى ثم يتغير حال الصيرفى
ايرجع على صاحبه اذا احتال ورضى قال لا وثانيتها ما تمسك به فى الكفاية من رواية
ابى ايوب الخزاز التى وصفها بالصحة عن ابى عبد الله ع عن الرجل يحيل الرجل بالمال ا
يرجع عليه قال لا يرجع عليه ابدا الا ان يكون قد افلس قبل ذلك ومنها ظهور عبارة
التذكرة فى دعوى الاجماع على حصول البراءة بنفس قبول الحوالة من غير توقف على الابراء
فانه صرح بانه اذا حصلت الحوالة مستجمعة للشرايط انتقل المال الى ذمة المحال عليه وبرئ
المحيل سواء ابراه المحتال عليه او لا وهو قول عامة الفقهاء ويؤيده قولها فى مقام آخر
بعد الاشارة الى مخالفة الشيخ فى النهاية واحتجاجه برواية حسنة بان الينا الاشارة وهذه
الرواية لا باس بها لصحة السند لكن المشهور عند الاصحاب والعامة البراءة بمجرد الحوالة
فلابد من حمل الرواية على المشهور بين الاصحاب والاخرين ومنها خبر زرارة الذى
وصف بالحسن فى لقطة ذلك ومجمع الفائدة والكفاية وفى التذكرة وغيرها بالصحة عن
احدهما عليهما السلم عن الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل اخر فيقول له الذى احتال برئت
من مالى عليك قال اذا ابراه فليس له ان يرجع عليه وان لم يبراه فله ان يرجع على الذى احاله
ومنها ما اشار اليه فى الجامع قائلا وروى اصحابنا انه اذا ابرا المحتال المحيل بعد الحوالة فلا
رجوع عليه والا فله الرجوع ومنها ما حكى فى لقطة عن الشيخ الاحتجاج من ان الحوالة نوع من
البيع ومع تعذر العوض يرجع الى عوضه فكذا هنا وفى جميع الوجوه المذكورة نظر اما الاول
فلعدم صلاحيته لمعارضة الاخبار المتقدمة الدالة على القول الاول فان التعارض بينه وبينها
من قبيل تعارض العمومين من وجه لان هذا الخبر وان اختص بصورة عدم الابراء ولكنه اعم من
صورتى قبول الحوالة وعدمه بخلاف تلك الاخبار فانها شاملة لصورتى الابراء وعدمه و
مختصة بصورة قبول الحوالة فيمكن تقييد اطلاق كل من المتعارضين بخصوص الاخر ومن
الظاهر ان الترجيح مع تلك الاخبار اما اولا فلاعتضادها بالشهرة المحققة والمحكية واما

ثانيا

ثانيا فلاعتضادها بالاجماع المحكى فى التذكرة واما ثالثا فلاكثريتها بالنسبة الى معارضها
وايضا فاكثرها باعتبار السند الصحيح والموثق واما رابعا فلما صرح به فى مجمع الفائدة
من كون الحسنة مخالفة للاجماع على ان الحوالة ناقلة وقد اولت تاويلات وحملت على
محامل احدها ما ذكره فى لقطة قائلا فى مقام الجواب عن الحسنة ان قول المحتال برئت
مما لى عليك هو القبول لان السؤال وقع فى الرجل يحيل الرجل قال فيقول الذى احتال
برئت مما لى عليك وهو اشارة الى قبول الحوالة وذلك يعتبر بالاجماع وثانيها ما نبه عليه فى
الكفاية قائلا والاقرب فى الجمع بين الاخبار حمل الحسنة على السلب الكلى والايجاب الجزئى
كما هو ظاهر السلب والايجاب فيكون المراد فى الايجاب ان له ان يرجع اليه فى بعض الاحيان
وهو ما اذا حصل ظهور اعسار المحال عليه حال الحوالة مع جهل المحتال بحاله واشار الى ما ذكره
فى كره ومجامع المقاصد وثالثها ما ذكره فى التذكرة قائلا وليس ببعيد من الصواب حملها
على ما اذا شرط المحيل البراءة فانه يستفيد بذلك عدم الرجوع لو ظهر افلاس المحال وضح
فى ان بان حمل بعيد ورابعها ما نبه فى الرياض عليه قائلا وربما يتوجه حملها على التقية عن
مذهب بعض العامة من عدم حصول البراءة بالحوالة وان مقتضاها انما هو ضم ذمة الى اخرى
كما قالوه فى الضمان واشار الى ما ذكره بعض الاجلة فاذن المعتمد هو القول الاول وكما يبرأ المحيل
بنفس الحوالة من دين المحتال كذا يبرا بذلك المحال عليه عن دين المحيل كما صرح به فى التحرير وعد
وصرح به فى جامع المقاصد محتجا بانه انتقل الحق من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فصار
ما فى ذمته حقا فامتنع بقاؤه على ملك المحيل **منهل** هل يشترط فى صحة الحوالة اشتغال
ذمة المحال عليه بالدين فلا يصح ان يحيل على من ليس عليه للمحيل دين وعلى البرى او لا يشترط ذلك فيصح
الحوالة على البرى اختلف الاصحاب فى ذلك على قولين الاول انه يصح الحوالة على البرى وهو للخلاف و
موضع من المبسوط والغنية والشرايع والارشاد والمختصر النافع والقواعد والتذكرة ولقطة والتحرير والجامع
وجامع المقاصد وك والروضة ومجمع الفائدة والكفاية والرياض وقد صرح فيه بدعوى الشهرة العظيمة

عليه الثاني انه لا يصح ذلك وهو المحكي في لف عن موضع اخر من ط وحكاه في التنقيح عن جماعة قائلا
ذهب الشيخ والقاضي وابن حمزة الى اشتراط شغل ذمة المحال عليه وهو اختيار العلامة ولعله اشار اليها
في النافع من قوله الحوالة مشروعة لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة للاولين وجوه منها
ما تمسك به في لف ولك واشار اليه في جامع المقاصد من اصالة الجواز والصحة وعدم الاشتراط
والى ذلك اشار في الخلاف وط بقوله لان الاصل جواز ذلك والمنع يفتقر الى دليل وفي الروضة
بقوله الاقوى جوازها على البري للاصل ومنها انه صرح في الرياض بما نحكيه عن السرائر انه ادعى
الاجماع على جواز الحوالة على البري محتجا به على الجواز ويعضده الشهرة العظيمة التي لا يبعد معها
دعوى شذوذ المخالف بل قد يمنع من وجوده لتصريح جملة من الكتب كالتحرير ولف ولك وجامع المقاصد
والكفاية بان الشيخ المانع من جواز ذلك قوله بجوازه ولعله متاخر عنه وان صرح في لف بانه قوى في ط
في اول كتاب الحوالة جوازها على من ليس عليه شئ للمحيل ثم قوى في اخره المنع وذلك لاحتمال وقوع
تاليف الاخير اولا والاول اخرا وترتيب الكتاب لا يدل على ترتيب التاليف كما لا يخفى على انه قد اختار
في الخلاف الجواز ويحتمل كونه بعد المبسوط او بعد باب الحوالة منه فتم واما القاضي وابن حمزة والمحقق
فلم ينقل عنهم القول بالمنع في كثير من الكتب كالتذكرة ولف ولك وجامع المقاصد وقضه ومجمع الفائدة
والكفاية وغيرها وانما اقتصر اكثرها على نقل الخلاف عن الشيخ وقد صرح بعض الاجلة بانه لم ينقل المنع هنا
من غير الشيخ ويحتمل كون ما في التنقيح من نسبة القول بالمنع الى الجماعة المذكورين اشتباها في النقل
واما عبارة النافع فليست بصريحة في الدلالة على المنع من ذلك بل قد يمنع من ظهورها فيه فتم ومنها
ما تمسك به في الرياض من عموم الامر بالوفاء بالعقد ومنها اخبار منصور بن حازم وعقبة بن جعفر
وابي ايوب الخزاز وزرارة التي تقدم اليها الاشارة في المسئلة السابقة فانها بعمومها الناشي من
ترك الاستفصال تشمل محل البحث كما لا تشمل المرسل اذا احيل احدكم على ملي فليحتل وقد صرح في الرياض
وغيره بدلالة بعض النصوص على جواز ذلك محتجين به عليه ولعل في عبارة جملة من الكتب المتقدمة
اشارة الى هذه العمومات والا فلا اشكال في ان الاصل يقتضي المنع كما بيناه في كتبنا الاصولية والاجتهاد

ما ذكر

ما ذكر في الرياض قائلا لا حجة للشيخ عليه واضحة عدا الاصل الغير المعارض لما مر من الادلة المعتضدة بالشهرة
العظيمة والاقرب عندي ما صار اليه المعظم من جواز ذلك وينبغي التنبيه على امور الاول
يتفرع على هذا النزاع جواز امتناع المحال من اداء ما احيل به عليه بعد قبوله للحوالة فان قلنا
بصحة هذه الحوالة لم يجز له الامتناع بعد القبول لانها من العقود اللازمة ويحصل بها براءة ذمة المحيل
وان قلنا بفسادها جاز له الامتناع بعد القبول ولم يبرأ ذمة المحيل الثاني صرح في الشرايع وعد
والتذكرة بان هذه الحوالة على تقدير صحتها كما هو المختار اشبه بالضمان وصرح بذلك ايضا في
جامع المقاصد ولك وقضه والرياض معللين باقتضاء هذه الحوالة نقل المال من ذمة مشغولة
الى ذمة بريئة فكان المحال عليه بقبوله لها ضامن لدين المحتال على المحيل وزاد في الثلثة الاخيرة
قائلين ولكنها لا تخرج بهذا الشبه عن اصل الحوالة فتلحقها احكامها ولعل ما في الكفاية من ان
هذه الحوالة ترجع الى الضمان محمول على ما ذكروه وقد اشار اليه في التحرير بقوله لو احال من عليه
دين على من لا دين عليه فقد بينا جوازه وانه حوالة صحيحة وقيل ليس بحوالة وانما هو اقتراض
الثالث صرح في التنقيح بانه يتفرع على القولين انه لو ادى المحال عليه على الثاني فان الرابع صرح في لك
بان مبنى القولين على ان الحوالة هل هي استيفاء او اعتياض فعلى الاول يصح دون الثاني لانه ليس
على المحال عليه شئ يجعله عوضا عن حق المحتال واشار الى ما ذكره في التذكرة والتنقيح وجامع المقاصد
الخامس اذا احال زيد عمرا على بكر بالف مثلا وكانت ذمة زيد وبكر مشغولتان فلا خلاف
في صحة الحوالة كما صرح به في التذكرة **منهل** لا يجب على المحتال قبول الحوالة ولو كانت على ملي
باذل غيرهما طل كما صرح به في الخلاف والغنية ويع وعد وكره والتبصرة والارشاد والتحرير واللمعة
والجامع وجامع المقاصد وقضه ولك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض ولهم وجوه منها ما
تمسك به في كره والرياض من الاصل السليم عن المعارض ومنها ظهور الاتفاق عليه وقد صرح بنفي
الخلاف فيه في الرياض وربما يستفاد ذلك من التذكرة ولك وجامع المقاصد لانهم لم يحكوا خلافا
الا من بعض العامة وكذا يستفاد ذلك من قضه ونهاية ومنها ما تمسك به في جامع المقاصد ولك وقضه

والرياض من ان الواجب اداء الدين والمحال ليس اداء وانما هو نقل الدين من ذمة الى اخرى فلا يجب
قبولها ومنها ما تمسك به في التحرير ومجمع الفائدة من انه يتوقف صحة الحوالة على رضا المحتال
فلا يجب عليه قبولها وينبغي التنبيه على امور الاول هل يستحب قبول الحوالة على الملي او لا صرح
بالاول في الخلاف والغنية وكره والجامع ولك وقضيه الرياض وهو الاقرب لقاعدة التسامح في
ادلة السنن ولما تمسك به في الغنية من ان في التنزيل الحث قضاء حاجة المحيل واجابته الى ما يبتغي
فيستحب وللنبوي اذا احيل احدكم على ملي فليحتل فان الامر بعد تعذر حمله على حقيقته وهو الوجوب
يلزم حمله على الاستحباب لانه اقرب المجازات وللفاصح في خف والغنية وقضيه ولك يحمل الامر في
الروايه على الاستحباب ويحتمل في الاخبار الحمل على الارشاد ايضا وفيه نظر ويستفاد من اطلاق الجامع
استحباب القبول مط ولو لم يكن على ملي الثاني صرح في التحرير بانه لو قبل المحتال الحواله مط لحال عليه
القبول مطلقا لكونه رضاه شرطا وفيه نظر ولكن ما ذكره من الحكم جيد الثالث يجب الحوالة على المحيل
اذا توقف عليه اداء الدين ورضي بها المحتال والمحال عليه **منهل** اذا قبل المحتال
الحوالة المستجمعة للشرائط وكان المحال عليه مليا وقت الحوالة او معسرا وعلم المحتال باعساره وقت
الحوالة لزمت الحوالة فليس للمحتال الرجوع على المحيل ولا فسخ الحوالة وقد صرح بذلك في النهاية وكره
والغنية والمراسم وفع ويع وعد والتحرير والتبصرة والارشاد والتلخيص والجامع وجامع المقاصد
ولك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه في
الكفاية بقوله لا اعرف فيه خلافا بيننا ومنها عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وعموم قوله ع المؤمنون
عند شروطهم ومنها ما تمسك به في الكفاية من صحيحة ابي ايوب وموثقة منصور بن حازم ورواية
عقبة بن جعفر الدالة على انه لا يرجع المحتال على المحيل بعد الحوالة وقد تقدم اليها الاشارة وقد تمسك
بالرواية الاخيرة هنا في جامع المقاصد ولك والرياض ومنها ما تمسك به في جامع المقاصد ولك
والرياض من ان الحوالة توجب براءة ذمة المحيل من المال فلا يعود الا بسبب وينبغي التنبيه على امور
الاول لا فرق فيما ذكرناه بين ان يفتقر المحال عليه بعد الحوالة او لا فلو كان موسرا حين احالته

وتجدد

وتجدد اعساره بعدها فلا خيار له كما صرح به في النافع ويع وعد والارشاد والتحرير والتنقيح ولك وضه
ومجمع الفائدة والكفاية والرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما نبه عليه في الكفاية بقوله لا اعرف فيه خلافا
بيننا ثم احتج عليه بعموم صحيحة ابي ايوب وموثقة منصور وخصوص رواية عقبة بن جعفر ويعضد
ما ذكره الاصل وعموم الامر بالوفاء بالعقود والشروط وصرح في لك بانه يلحق بما ذكر ما لو تعذر
الاستيفاء بوجه اخر وهو جيد الثاني لا فرق فيما ذكرناه بين اخذ المحتال شيئا من المال
وعدمه كما صرح به في لف والتنقيح والرياض مدعيا انه مذهب اكثر علمائنا ومحتجين باصالة
لزوم العقد وعدم اشتراط الاخذ والقبض فلا يرجع عن الاصلين الا بدليل وزاد في الاخير فاحتج
عليه ايضا باطلاق النصوص المتقدمة وبان الحوالة توجب البراءة من المال فلا يعود الا بسبب ثم حكوا
عن الحلبي خاصة انه فصل بانه ان كان المحتال قد قبض بعض الحوالة لم يجز له الرجوع وان لم ياخذ فله
الرجوع وضعفه في لف بانه احتج بان القبول يتم بذلك ثم اجاب عنه بالمنع وصرح في الرياض بشذوذه
هنا وبانه محجوج بما مضى الثالث اذا قبل المحتال الحوالة غير عالم بملاءة المحال عليه وقت الحوالة ثم تبين
له كون المحال عليه فقيرا وقت الحوالة كان له الرجوع على المحيل بالمال الذي يشترط في الحوالة وعدم جواز
رجوع المحتال على المحيل احد الامرين ملاءة المحال عليه وقت الحوالة وعلم المحتال بفقره وقتها وقد
صرح بذلك في النهاية والوسيلة والغنية ويع وفع والتبصرة والارشاد والتحرير وعد والتلخيص والجامع
وجامع المقاصد ولك وضه ومجمع الفائدة والكفاية والرياض ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق
عليه ومنها تصريح كره بدعوى الاجماع على جواز فسخ الحوالة ويعضده اولا تصريح الخلاف بدعوى
الاجماع على عدم صحة الحوالة اذا وجد المحتال المحال عليه معسرا بعد الحوالة وثانيا تصريح الغنية بانه
يشترط ان يكون المحال عليه مليا في حال الحوالة بلا خلاف بين اصحابنا ومنها ما تمسك به
في الكفاية من صحيحة ابي ايوب وموثقة منصور بن حازم المتقدمتين وقد تمسك بالاخيرة في
جامع المقاصد ولك ايضا وبها صار في الرياض قائلا قوله الا ان يكون قد افلس قبل ذلك وان عمم
صورتي العلم بالاعسار وعدمه الا انه محمول على الثانية لكون الحوالة في هذه الصورة من الفروض الغالبة

دون الصورة الاولى فانها من الفروض النادرة فلا يحمل عليها اطلاق الروايات و منها ما تمسك به في المسالك
من ان لزوم الحوالة مع ... مستلزم للضرر والتغرير وهما منفيان ولعله الى هذا اشار في جامع المقاصد بقوله
لوجود المقتضى و منها عموم الشرط في النبوي المرسل اذ الحيل احدكم على ملي فليحتل كانه علق
الخلاف فالامر بالاحتيال اذا كان مليا دون ان يكون معسرا ولا فرق في جواز الرجوع على المحيل بين
ان يشترط المحتال في متن العقد ملاءة المحال عليه وعدمه كما صرح به في شرح القواعد والتحرير ... وشرحه وهو
ظاهر ما عداها من الكتب المتقدمة بل الظاهر انه مجمع عليه وقد صرح بدعوى الاجماع عليه في شرح القواعد ... عليه
في المسالك بعد ذلك فقال لا فرق في ذلك بين اشتراطه في متن العقد يساره وعدمه لوجود المقتضى
بتخلف ... عن الصادقة ولما فيه من الضرر والتغرير وهل الحوالة مع ذلك فاسدة فلا يجوز للمحتال امضاؤها
او الرضا بها فيكون ملاءة المحال عليه وعلم المحتال بفقره شرطا في صحة الحوالة او لا بل يكون صحيحة
لكنها غير لازمة فيتخير المحتال بين فسخ الحوالة ثم الرجوع على المحال عليه وبين امضائها فلا يرجع على المحيل
فيكون احد الامرين شرطا في لزوم الحوالة لا في صحتها يظهر الاول من ... المنابر والغنية والمراسم
... والارشاد بل يظهر من الاول والثالث دعوى الاجماع عليه ويدل عليه الاصل وان الاغلب
في الشروط كونها شروط صحة وصرح بالثاني في الشرايع وعد والتبصرة والتحرير وجامع المقاصد
والمسالك ... للفائدة والكفاية والرياض بل ظاهرها انه مما لا خلاف فيه لعدم اشارتها الى
خلاف فيه اصلا وبما ذكر يظهر الوهن في دعوى الاجماع على الاول منضما الى امكان تنزيل ما علل
... على الثاني ومنع ظهوره على وجه يعتد به في الاول فلم يبق له الا الاصل وهو مدفوع بعموم
قوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله صلى المؤمنون عند شروطهم فاذن الاحتمال الثاني في غاية القوة ولكن
لا ينبغي ترك الاحتياط مهما امكن وعلى المختار فهل خيار الفسخ هنا على الفور او على التراخي فيه اشكال
ولكن الاقرب الثاني لانه مقتضى اطلاق عبارات الاصحاب ولاستصحاب بقاء الخيار الرابع
اذا كان فقيرا حال الحوالة ثم تجدد له اليسار بعدها وقبل ان يفسخ المحتال فهل يلزم الحوالة فلا يجوز
له الفسخ كما اذا كان مليا حال الحوالة او لا بل يبقى خيار الفسخ على حاله استشكل في ذلك في

والتلخيص واللمعة

القواعد من غير ترجيح واشار الى وجه الاشكال في جامع المقاصد فقال ... من ان المقتضى
هو العيب بالفقر وقد زال فيزول الحكم ومن ان الخيار قد ثبت من حين العقد والاصل
بقاؤه ثم رجح هذا قائلا وهذا اظهر لان المقتضى ليس هو العيب في الجملة بل الفقر بل العيب
فيها الفقر وقت الحوالة وهذا لم ينتف فيبقى حكمه وهو ثبوت الفسخ وقد اشار الى جميع
ما ذكره في المسالك والرياض واختار ما اختاره من بقاء الخيار هنا واختاره في الروضة
ايضا متمسكا بالاستصحاب وكذا اختاره في الكفاية ايضا وقد ناقش فيما تمسكوا به
من الاستصحاب اولا بمعارضته بمثله وهو استصحاب براءة ذمة المحيل واشتغال
ذمة المحال عليه وثانيا بالمنع من ثبوت الخيار في زمان من الازمنة فيما اذا حصل اليسار
للمحال عليه بعد الحوالة وقبل ظهور فقره حال الحوالة للمحتال فالاصل انه مباح في
جميع الازمنة اذ لم يقم دليل على ثبوت الخيار للمحتال في الواقع بمجرد فقره حال الحوالة
بل القدر المتيقن ثبوت الخيار بالامرين الفقر حال الحوالة وتبينه للمحتال فلو فقد
احدهما لم يثبت له خيار كما هو ظاهر الشرايع والنافع وعد والتلخيص واللمعة وغيرها
الكفاية والدليل اخص من المدعى وثالثا بمعارضته بعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود
وقوله صلى المؤمنون عند شروطهم وهو اولى بالترجيح وفيه نظر لان الاستصحاب المذكور
معتضد بظهور اتفاق المعظم بل الكل على بقاء الخيار في محل البحث فان جملة من
العبارات مصرحة به وقد تقدم اليها الاشارة وجملة اخرى منها كعبارة النهاية و
الغنية والوسيلة والمراسم ويع وفع والتبصرة والتحرير والارشاد والجامع واللمعة
ظاهرة في البقاء ولم نجد احدا حكى قولا بعدم البقاء فينبغي ترجيحه على ما ذكر وعلى
تسليم المعارضة على ان بعض المحققين منع من صلاحية الامرين لمعارضته وان لم يكن
معتضدا بشيء من المرجحات لانه من استصحاب الموضوع بخلاف تسليم المعارضة فانه
من استصحاب الحكم وهو مرجوح بالنسبة الى استصحاب الموضوع ولان محل البحث خارج عن

العمومين المذكورين باعتبار ثبوت الخيار قبل حصول الفساد فلا يندفع بهما اثباتا
بعد حصول الفساد وفيما ذكره نظر وكيف كان فما ذكرناه من المرجح كاف فاذن الاقرب
هو بقاء الخيار هنا الخامس صرح في لك بان المراد بالفقر هنا الاعسار وان كان المانع
والاوضح كونه فقيرا بالمعنى المتعارف وفسره موسرا بالمعنى المعتبر في الدين وهو جيد

منهل
يصح ترامي الحوالات ودورها كما صرح به في الشرايع والارشاد وعد وكرة واللمعة
وجامع المقاصد ولك وضه ومجمع الفائدة وصرح في المبسوط والجامع والتحرير والكفاية
بصحة ترامي الحوالات والمراد به كما نبه عليه في كرة وجامع المقاصد ولك وضه ان يحيل المحال عليه
المحتال على اخر ثم يحيل عمرو على بكر ثم يحيل بكر على خالد وهكذا ويبرء المحال عليه في كل مرتبة
كالاول كما صرح به في كرة وجامع المقاصد وضه ولا يشترط الانتهاء الى غاية مخصوصة كما
صرح به في جامع المقاصد وهو ظاهر غيره من كتب الكتب بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه والمراد
بدورها كما نبه عليه في التذكرة وجامع المقاصد ولك وضه ان يحيل المحال عليه في
بعض المراتب على المحيل الاول كان يحيل المديون زيدا على عمرو ثم يحيل عمرو زيدا على
المديون والمحتال في هذه الصورة والصورة التي بعد واحد وانما تعدد المحال عليه
فيهما كما صرح به في جامع المقاصد وضه وصرح به في كرة في الصورة الاولى ثم ان المديون
الاول الذي كان محيلا ثم صار محالا عليه في هذه الصورة ان كانت ذمته مشغولة بمثل
ذلك للمحيل الثاني فلا بحث في الصحة والا فالاقرب الصحة ايضا على ما بنيناه سابقا من
جواز الحوالة على البرئ وقد نبه على ما ذكرناه في جامع المقاصد ولك والحجة في صحة ترامي
الحوالات ودورها وجوه منها ظهور الاتفاق على ذلك كما يستفاد من الكتب المتقدمة
اذ لم نشر الى المخالف ولا تامل في ذلك وقد صرح بعض الاجلة بظهور الاتفاق على ذلك و
منها ما تمسك به في جامع المقاصد من الاصل وعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود ومنها عموم
قوله المؤمنون عند شروطهم ومنها عموم النبوي المرسل اذا احيل احدكم على ملئ فليحتل

والى هذه

والى هذه العمومات اشار في مجمع الفائدة بقوله وجه صحة ترامي الحوالة الى غاية ودورها
عموم ادلة الجواز مع عدم المانع ومنها ما نبه عليه في لك بقوله كما تصح الحوالة الاولى
لاجتماع شرائط الصحة تصح الثانية لتحقق الشرط وهو اشتغال ذمة المحال عليه
بدين وغيره والى ما اشار في جامع المقاصد بقوله لثبوت الدين في كل مرتبة وتحقق الشروط
وفي التذكرة بقوله لان حق الثاني ثابت في الذمة فيصح ان يحيل به كالاول وبالجملة لا
اشكال في صحة الامرين

منهل
اذا قضى المحيل الدين واداه بعد الحوالة وتحول
الدين من ذمته الى ذمة المحال عليه فان كان بمسئلة المحال عليه فللمحيل ان يرجع على
المحال عليه وان تبرع بالاداء لم يرجع عليه ويبرء المحال عليه وقد صرح بجميع ما ذكر في
المبسوط والشرايع والتلخيص وعد والتحرير والجامع وجامع المقاصد ولك والكفاية
ولهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكورة لانها لم تنبه
على خلاف فيه ولا اشكال في ذلك وثانيهما ما ذكره في لك قائلا لان الحوالة نقلت المال
من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه صار المحيل بالنسبة الى دين المحتال بمنزلة الاجنبي لبراءته
منه فاذا اداه بعدها كان كمن ادى دين غيره تبرعا اذنه فيشترط في جواز رجوعه عليه
مسئلته ولهذا كان متبرعا ويبرء المحال عليه فاذا اداه من غير مسئلة المحال عليه ولكن
بقصد الرجوع عليه فهل له الرجوع عليه ح لان المناط فيه هو قصد الرجوع عليه مطلقا ولو لم
يسئل المحال عليه اولا بل يشترط في الرجوع عليه المسئلة فلو انتفت لم يرجع عليه مطلقا
ولو قصد الرجوع فلا يشترط في عدم الرجوع قصد التبرع ربما يظهر الاخير من المبسوط و
التلخيص وجامع المقاصد لانهم علقوا الرجوع على المسئلة وعدمه على عدمها وهو اعم من قصد
التبرع وقصد الرجوع وعدم القصدين وعلق في الشرايع وعد والتحرير والكفاية الرجوع على
المسئلة وعدمه على التبرع قائلين ان كان ذلك بمسئلته رجع وان تبرع لم يرجع ولكن
فسر الاخير في جامع المقاصد بعدم المسئلة قائلا وان لم يتبرع لم يرجع ولكن فسر الاخير

في جامع المقاصد بعدم المسألة قال لانه ان لم يتبرع اي لم يكن مسألة فان ذلك يفيد شرعا
وان لم يقصد التبرع لم يرجع عليه اصلا وفيه نظر والتحقيق ان يقال اذا سئلت المسألة فان
قصد التبرع فلا اشكال في عدم الرجوع وان لم يقصد التبرع ولا الرجوع فلا يبعد الحكم بعدم
الرجوع للاصل وان قصد الرجوع وامضاه واجازه المحيل فالظاهر جواز الرجوع ان قلنا
بصحة القرض من الفضولي كما هو التحقيق وان قلنا بفساده فلا رجوع وهل يبرأ المحال
ح اولا فيه اشكال ولكن الاحتمال الاخير هو الاقرب تنبيه هل يشترط في المال المحال به ان يكون
ثابتا في ذمة المحيل للمحتال فلو لم يكن المحيل مشغول الذمة للمحتال لم يصح الحوالة فالحوالة البريء
غير صحيحة وقد صرح باشتراط ذلك في الشرايع والارشاد والتلخيص والتحرير والتذكرة وعد
ولك ومجمع الفائدة والرياض وربما يظهر من الكفاية المخالفة والاشارة الى وجود المخالف
حيث صرح بان المشهور انه يشترط في المال ان يكون ثابتا في الذمة من غير اشارة الى ضائر
به وهو ضعيف بل المعتمد هو ما عليه المعظم من كون ذلك شرطا ولهم وجوه منها
الاصل ومنها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المتقدمة المصرحة بالاشتراط حيث
لم تنبه على خلاف ولا اشكال فيه بل صرح بنفي الخلاف في الرياض فاذن لا عبرة بما يستفاد
من الكفاية مع عدم صراحته في المخالفة بل لا ظهور فيه على وجه يعتد به ومنها انه حكي في الرياض
عن بعض انه حكى عن كره دعوى الاجماع عليه ويعضده تصريح بعض الاجلة بدعوى الاجماع
عليه ومنها ما تمسك به في كره من ان الحوالة ماخوذة من تحول الحق لا اخر هنا ينتقل ويتحول
وينبغي التنبيه لامور الاول يتفرع على ما ذكرناه بطلان الحوالة بما يقرضه في المستقبل وقد صرح بدعوى الاجماع
عليه في التحرير الثاني لا فرق في الدين الثابت الذي يصح الحوالة به بين ان يكون لازما مستقرا ومتزلزلا
غير لازم كما صرح به في لك والرياض وهو ظاهر اطلاق ما عداها من الكتب المتقدمة والمبسوط والجامع بل
الظ انه مما لا خلاف فيه فيصح الحوالة بالثمن في مدة الخيار ويكون الحوالة مراعاة بالبقاء على البيع ولو فسخ
بالخيار فصرح في لك بان في بطلان الحوالة ح وجهان وظاهره التوقف وفيه نظر بل الاقرب البطلان

للاصل

الاصل مع فقد الدليل على الصحة وعموم ما دل على نفي وعموم ما دل على قوله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض
وقوله لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفسه ولا ينافيه ما ذكر عموم قوله المؤمنون عند
شروطهم الثالث صرح في لك بانه لا فرق في عدم صحة الحوالة بغير الثابت بين وجود سببه وعدمه
قال لانا احترزنا بالثابت بالذمة عما ليس بثابت وان وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل فانه لا يصح احالة
الجاعل المجعول له لعدم ثبوته اما احالة المجعول له به على الجاعل لمن له عليه دين ثابت فانه جائز بناء
على جوازها على البريء فالحاصل ان المعتبر ثبوته للمحتال في ذمة المحيل لا في ذمة المحال عليه وهو
جيد ولا اشكال في صحة الحوالة بمال الجعل بعد العمل كما صرح به في التذكرة قائلا لان مال الجعل
في الجعالة انما استقر بالعمل صحت الحوالة اجماعا الرابع لو لم يكن المحيل مشغول الذمة للمحتال واحاله
على المحال عليه فان كان الشخص المحال عليه غير مشغول الذمة فان هذه الحوالة بضرب وكالة في القرض منه
فهي وكالة وان كانت بهذا اللفظ فانها جائزة بكل لفظ دل عليها وان كان مشغول الذمة فهي
وكالة ايضا لكن في الاستيفاء وقد صرح بجميع ذلك في القواعد وجامع المقاصد ومجمع الفائدة
والرياض وصرح به في التذكرة ايضا قائلا اذا احال زيد وهو بريء عمروا ولا دين له عليه على بكر
وهو بريء الذمة لم يكن ذا الاحالة صحيحة لان الحوالة انما يكون بدين وهنا لم توجد بل تكون
وكالة في اقتراض وانما جازت الوكالة هنا بلفظ الحوالة لاشتراكهما في المعنى وهو استحقاق
الوكيل ان يفعل ما امره الموكل من الاقتراض وان طلبه من المحال عليه كما يستحق المحتال مطالبة
المحال واذا كان المحال عليه مشغول الذمة صح فلا يكون ايضا حوالة بل يكون ذلك في الحقيقة وكالة
في الاستيفاء لاشتراكهما في استحقاق الوكيل مطالبة من عليه الدين كاستحقاق المحتال مطالبة المحال
عليه وتحول ذلك الى الوكيل كتحوله الى المحيل ويظهر من عدم اشارته هنا الى الخلاف كغيره كون ذلك
متفقا عليه وهو الظاهر واذا رجعت الحوالة في الصورتين الى الوكالة ثبتا حكماها كما صرح به في عد
وهل يشترط في الرجوع الى الوكالة وثبوت احكامها قصد الوكالة ومعرفة الرجوع اليها فاذا اتفق
الامران كان بعقد وبقصد الحوالة بالمعنى المتعارف بين علماء الاسلام بطل العقد حالئذ

وكذا لو لم يثبت احكامهما ولا دليل يكفي في الامر بمجرد قصد معنى لفظ العقد فيه اشكال ولكن الاحتمال
الثاني في غاية القوة منهل صرح في الخلاف والسرائر والتذكرة ولك ومجمع الفائدة
بانه يشترط ان يكون المال المحال به معلوما وربما يستفاد هذا من المبسوط ايض بل صرح في الكفاية
بانه المشهور ولهم وجوه منها الاصل وهو مندفع بعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله م المؤمنون
عند شروطهم وقولهم اذا احيل احدكم على ملي فليحتل وبخلو الاشارة عن الاشارة الى هذا
الشرط وبامتناع المعلومية من كل وجه فانه ما من شيء الا وله جهة مجهول عادة وان اريد المعلومية
في الجملة ولو من جهة واحدة فهي حاصلة قطعا فانه ما من شيء الا وجهة معلومية فلا وجه
لاشتراطها اللهم الا ان يراد المعلومية المعتبرة في الثمن والمثمن في البيع وهي المعلومية جنسا
ووصفا وكيلا في المكيل ووزنا في الموزون وعدا في المعدود وذرعا في المذروع ولكن ليس في
الكتب المتقدمة الاشارة الى ذلك الا الخلاف فانه صرح بانه لابد ان يكون معلوما بوصفه و
جنسه قائلا فان لم يكن كذلك لم يصح الحوالة ومنها ما تمسك به في كرة ولك من ان الحوالة ان
كانت اعتياضا فلا يصح على المجهول كما لا يصح بيعه وان كانت استيفاء فانما يمكن استيفاء المعلوم
وفيه نظر اما اولا فللمنع من عدم صحة الاعتياض في المجهول لعدم الدليل على هذه الكلية من شيء
من الادلة الاربعة والقياس على البيع باطل لعدم حجيته عندنا مع انه قد يدعى انه مع الفارق هذا
وقد ثبت عندنا صحة الصلح مع الجهالة واما ثانيا فللمنع من عدم امكان استيفاء المجهول
بل قد يتحقق الاستيفاء مع الجهل ومنها ما تمسك به في لك والرياض من تحقق الغرر مع الجهالة
وهو منهي عنه وفيه نظر اما اولا فللمنع من الصغرى واما ثانيا فللمنع من كلية الكبرى لعدم الدليل
عليها وحديث نهي الغرر ضعيف بالارسال وجبره هنا بالشهرة غير معلوم ومنها عدم ظهور
المخالف وفيه نظر فان عدم ظهور المخالف اعم من ظهور الاتفاق اذ قد يفتي واحد وجماعة
قليلة ولم يظهر مخالف فلا يكون حجة على انا نمنع من عدم ظهور المخالف هنا فان كثيرا من الكتب
لم ينبه على هذا الشرط فظاهرها المخالفة على انه صرح في التذكرة ولك باحتمال الصحة مع الجهالة

قائلا

قائلين بعد التصريح باشتراط العلم والاحتجاج عليه بما تقدم اليه الاشارة ويحتمل الصحة ويكون على المحال
المحتال ما يقوم به البينة كما قلنا في الضمان وصرح في لك والرياض بصحة هذا الاحتمال على تقدير
كون الحوالة استيفاء لا اعتياضا وصرح في لك ايضا بانه يلزم في صورة الجهالة ما يقوم به البينة والمسألة
محل اشكال ولكن احتمال عدم اشتراط العلم بالكيل او الوزن او الذرع او العد ونحو ذلك في
غاية القوة فلا يشترط هنا ما يشترط في البيع ولا يكون العلم من جملة الشرائط الشرعية الثابتة
تعبدا وربما يحكم العقل بعدم جواز بعض اقسام الجهالة فهو حينئذ من الشرائط العقلية ان سلم ولكن الاحوط
مراعاة ما ذكروه من اشتراط العلم وظاهرهم اشتراط العلم بالكيل والوزن والعد والذرع في بالجنس والوصف م
المكيل والموزون والمعدود وبالجملة كل ما يشترط في البيع العلم به وهل يشترط علم المحيل
خاصة او علم الثلثة المحيل والمحتال فيظهر من لك الاول وصرح في مجمع الفائدة بالثاني قائلا يشترط
العلم بتعيينه للثلثة ليعلم ما يعطى وما يوخذ وفي القيسين تامل يعلم مما تقدم في الضمان وربما
يستفاد ما ذكره من الاطلاق في اشتراط العلم في ف ويع وكرة وغيرها منهل المال ان كان
مثليا كالطعام والادهان والدراهم والدنانير وسائر اقسام النقدين والحبوب صح الحوالة كما
صرح به في المبسوط والوسيلة والسرائر والتذكرة والتحرير والجامع بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بل
صرح بعضهم بالاجماع عليه في التحرير واما اذا كان قيميا كالعبد والثوب والحيوان فقد اختلف
الاصحاب في صحة الحوالة به على قولين الاول انه لا يصح الحوالة به مط وهو للمبسوط والوسيلة
وقد حكاه في لك عن الشيخ وجماعة ولهم ما نبه عليه في لف بقوله احتج المانعون بانه مجهول وفيه نظر
اما اولا فلما بيناه من عدم قدح الجهالة في الحوالة واما ثانيا فلما نبه في لف بقوله والجواب المنع
من الجهالة بل يوصف بما يوصف به السلم قال الشيخ في ف يمنع كونه مجهولا لانه لابد ان يكون معلوما
بعض الحيوان بوصفه وجنسه فان لم يكن كذلك لم يصح الحوالة الثاني ما يظهر في التحرير والشرائع قائلين
قال الشيخ لا يصح الحوالة اذا ثبت في الذمة بالقرض ويجوز اذا كان في ذمته حيوان وجب عليه بالجناية
كارش الموضحة وغيرها الثالث ما نبه عليه في لف والشرائع قائلين قال ابن الجنيد يصح بكلما يصح

السلم فيه وهو الحق الرابع ما صار إليه في التحرير قائلاً والوجه عندي جواز الحوالة بكل حق مالي
وإن لم يكن مثلياً وقد ذهب إلى هذا أيضاً في الشرائع والتذكرة والجامع ولك والرياض وهو
المعتمد للعمومات الدالة على صحة الحوالة كما نبه عليه في الرياض ونبه عليه في أحد أيضاً بقوله لنا
أن الأصل جواز ذلك ومن منع فعليه الدلالة وفي التنقيح بقوله يجوز الحوالة بكل ما يصح السلم فيه
لكونه معلوماً ثابتاً في الذمة قابلاً للنقل وعلى الحاوي لا فرق في ذلك بين ما يصح السلم فيه
وما لا يصح فيه السلم كما صرح به في كره **تنهل** لا يشترط في صحة الحوالة اتفاق الدينين في
سبب الوجوب فلو كان أحدهما ثمناً والآخر أجرة أو قرضاً أو بدل متلف أو أرش جناية وما
أشبه ذلك جازت الحوالة به كما صرح به في التذكرة قائلاً ولا نعلم فيه خلافاً ويعضده ما ذكر العمومات
تنهل هل يشترط في صحة الحوالة اتفاق المالين والدينين أعني الدين الذي للمحتال على المحيل
والدين الذي للمحيل على المحال عليه جنساً ونوعاً ووصفاً وقدراً فلو كان للمحيل دنانير على شخص
فأحال عليه بدراهم لم يصح فيجب على من عليه صحاح أن يحيل بصحاح وعلى من عليه مكسرات
يحيل بمكسرة وعلى من عليه مصرية أن يحيل بمصرية فلو خالف لم تصح الحوالة أو لا يشترط في ذلك بل
يجوز الحوالة لمن عليه حق بخلافه فيجوز أن يحيل من عليه ذهب بالفضة وغيرها اختلف الأصحاب
في ذلك على قولين الأول أنه يشترط ذلك وهو المبسوط والغنية والوسيلة والجامع والمحكي في نكت
وغيره عن ابن البراج بل صرح في التذكرة بدعوى الشهرة قائلاً من شرائطها عند علمائنا وجوب تساوي
الدينين أعني دين الذي للمحتال على المحيل والذي للمحيل على المحال عليه جنساً ووصفاً فلو كان له
دنانير على شخص فأحال عليه بدراهم لم يصح الحوالة وربما يمكن استفادته من النافع والكفاية أيضاً
وقد أفتى به في الشرائع أولاً ولكنه تردد فيه آخراً الثاني أنه لا يشترط ذلك وهو المختلف والتحرير
والقواعد والتلخيص واللمعة وجامع المقاصد والروضة ولك والمحكي في الرياض عن الصيمري وقد
حكاه في لف والتحرير وغيرهما عن الشيخ أيضاً وللأولين وجوه منها الأصل ومنها ما نبه عليه
في لك وغيره من أن حقيقة الحوالة تحويل ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فإذا كان على المحيل دراهم

وله على المحال عليه دنانير كيف يصير حق المحتال على المحال عليه ولم يقع عقد يوجب ذلك فإن الحوالة
إن كانت استيفاء كان بمنزلة من استوفى دينه وأقرض المحال عليه وحقه الدراهم لا الدنانير
وإن كانت معاوضة فليست على حقيقة المعاوضات التي يقصد بها تحصيل ما ليس بحاصل من جنس
مال أو زيادة قدر أو صفة وإنما هي معاوضة إرفاق ومسامحة للحاجة فاشترط فيها التجانس والتساوي
في القدر والصفة لئلا يتسلط المحال عليه بما ليس في ذمته ثم أورد عليه في الأول قائلاً والتحقيق
أن يقال إنا إن اشترطنا رضا المحال عليه وجوزنا الحوالة على البريء كما اختاره المص فيهما فلا وجه للمنع
أصلاً لأنه لو لم يكن على المحال عليه دين يصح فإذا كان وهو مخالف تعين الجواز بل يتعين القول به متى
اعتبرنا رضاه خاصة لأن الحوالة إن كانت استيفاء كما هو الظاهر فالاستيفاء جائز بالجنس وغيره مع
التراضي وإن كانت اعتياضاً فكذلك لجواز المعاوضة على المختلفين وليست معاوضة بيع حتى يعتبر
التقابض ونحوه حيث يعتبر في المبيع نعم قد يقال بجواز الحوالة على البريء هنا أن الحق لم يتحول
إلى الدنانير وإنما التزم المحال عليه للمحتال دنانير وبقيت الدراهم في ذمة المحيل فيعتبر في التقابض
تراض جديد وهذا حسن لأن الأول أجود لحصول التراضي سابقاً على تحول الحق إلى ما في ذمة
المحيل ووقع فالتسلط الذي هو مانعه انتفى بتعدد التراضي وقد تحرر من ذلك أن القائل بعدم صحة
ذلك لا يتم به مطلقاً إلا أن يقول بعدم جواز الحوالة على البريء والأصح للحوالة هنا إلا أنها تكون
كالحوالة على من لا دين له لأنها تقع بالجملة مطلقاً إذ لا تقصر عن تلك وأن القائل بعدم اعتبار
رضاء المحال عليه لا يتوجه له القول هنا بالصحة سواء تحول الحق إلى الجنس المحال به أم بقي كل واحد
بحاله لتوقف كل واحد من القسمين على التراضي لأن الأول استيفاء من غير الجنس أو معاوضة عليه
والثاني حوالة على البريء وكلاهما مشروط بالرضا نعم لو قصد بالحوالة تحول حق المحتال إلى
ما في ذمة المحال عليه اتجه الجواز من دون رضا المحال عليه وسقط معه محذور التسلط الذي
جعلوه مانعاً وأنه لا فرق في العقد مع التراضي وتحول الحق الذي على المحال عليه إلى جنس المحال به وصفته
ومنها ما تمسك به في المبسوط قائلاً إنما شرطنا اتفاق الحقين لأنا لو لم نعتبره أدى إلى أن يلزم

المحال عليه اداء الحق من غير الجنس الذى عليه ومن غير نوعه وعلى غير صفته وذلك وقد تمسك
بما ذكر فى الغنيه والشرايع ايضم واجاب عنه فى الرياض قائلا وضعف التسلط مدفوع باعتبار
رضاء المحال عليه مطلقا او هنا فاذا رضى ان يدفع غير الجنس الذى عليه فكما لو تراضيا بقبض
غير الجنس وقد نبه على ما ذكره فى لف ولك ايضم والاحسن وجوه ايضم منها ما تمسك
به فى جامع المقاصد من الاصل وعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود ويعضد ما ذكره عموم قوله
المؤمنون عند شروطهم وقوله م اذا احيل احدكم على ملى فليحتل ومنها ما تمسك به
فى جامع المقاصد من ان الحواله ان كانت استيفاء فظاهر جواز ذلك فان الدين بغير جنسه
جائز مع التراضى وان كانت بيعا فاظهر ومنها ما تمسك به فى التحرير ولف والتنقيح والرياض
من انه يجوز الحواله على برئ فعلى مشغول الذمه بالمخالف اولى والمسئله لا تخلو عن اشكال ولكن
الاقرب عندى هو القول الثانى على تقدير اشتراط رضاء المحال عليه اما مطلقا كما هو المختار
او فى خصوص كما صح به فى لف واما على القول بعدم اشتراط رضاه فى صحة الحواله فصرح فى
التنقيح بانها الاصح هنا **تنبيه** صح فى لف بان الشيخ قال قال قوم الحواله بيع الا انه غير
مبنى على المكايسه والمغابنه وطلب الفضل والربح وانما هو مبنى على الارفاق والمعوض
فلا يجوز الا فى دينين متفقين فى الجنس والصفه ولا يجوز اذا كان فى جنسين مختلفين
ولا فى جنس مع اختلاف الصفه فيجب ان يكون حالين او مؤجلين اجلا واحدا ولا يجوز ان
يكون احدهما حالا والاخر مؤجلا ولا يكون احدهما صحاحا والاخر مكسورا ولا يكون احدهما اكثر
لان المقصود منه الرفق دون المكايسه والمغابنه وعلى هذا لا يجوز ان يحيل بالطعام الذى يحل
عليه لان بيعه لا يجوز قبل قبضه ثم حكى عن الشيخ انه اجاز اخيرا خلاف ذلك قائلا ويقوى
فى نفسى انها ليست ببيع بل هى عقد منفرد ويجوز خلافه فى جميع ذلك الا زيادة النقدين
على صاحبه لانه ربا ولا يمتنع ان نقول ان الحواله تجوز فى ما [illegible] يثبت فى الذمه بعد
ان يكون معلوما فاذا كان فى ذمته حيوان وجب عليه المحال به مثل [illegible] اشبهها صح

شىٔ وفيها

فيها الحواله والاقرب عندى جواز جميع ما جوزه الشيخ اخيرا كما يظهر من لف وقد صرح فى التذكره بان الاقرب
انه لا يشترط تماثل المالين فى الحلول والتاجيل فيجوز ان يحيل بالمؤجل على الحال لان للمحيل ان يعجل
ما عليه فاذا احاله به على الحال فقد عجل وكذا يجوز ان يحيل بالحال على المؤجل ثم ان رضى المحال
عليه بالدفع معجلا جاز والا فلا لم يجز ووجب على المحال الصبر كما لو احال مؤجلا ثم صرح بانه لو كان
الدينان مؤجلين فان تساويا فى الاجل صحت الحواله قطعا وان اختلفت صحت عندنا ثم صرح بجواز
حواله الصحيح على المكسر وبالعكس ويجوز الحواله بالارداء على الاجود فى كل جنس وبالعكس وجميع
ما ذكره جيد ويظهر منه انه مما لا خلاف فيه بين اصحابنا لانه لم يحك هنا عن احد منهم خلافا
وانما نقل الخلاف عن بعض العامه وما ما منع منه الشيخ اخيرا فهو الاحوط **منهل**
حكى فى لف والتنقيح وجامع المقاصد عن الشيخ فى المبسوط انه صرح بانه يشترط فى صحة الحواله
كون الحق والمال المحال به مما يجوز فيه اخذ البدل قبل القبض فلا يجوز الحواله بالمسلم فيه وقد صرح
بهذا الشرط ايضم فى الغنيه والوسيله وحكاه فى لف والتنقيح وجامع المقاصد عن القاضى واحتج عليه فى المبسوط
والغنيه بان الحواله ضرب من المعاوضه ولا يجوز المعاوضه عليه قبل قبضه وفى كلتا المقدمتين نظر والاقرب
ان ذلك ليس شرطا فى صحة الحواله بل يجوز الحواله بالمسلم فيه كما عليه فى لف وجامع المقاصد واحتجا عليه بالاصل وزاد عليه فى الاخير قائلا
ان ذلك فتصح الحواله بدونه وفاقا للمختلف وجامع المقاصد واحتجا عليه بالاصل وزاد عليه فى الاخير قائلا
المعتمد عدم اشتراط ما ذكر تمسكا بالاصل وبعموم اوفوا بالعقود وما ذكره فى السلم ونحوه مبنى على عدم
جواز الاستبدال عنه قبل القبض وهو ضعيف مع ان الحواله استيفاء لا معاوضه وقد حكى فى التنقيح عن
الشيخ انه رجع عن ذلك وقوى انه عقد آخر غير البيع فلا يترتب عليه ما يترتب على البيع **منهل**
لو احال عليه فقبل الحواله وادى ثم رجع على المحيل [illegible] ادعى من مال المحيل ولا لمحيل
اشتغال ذمته وانه انما احال عليه من [illegible] كونه مشغول الذمه [illegible] فالقول قول المحال عليه
المختار من صحة الحواله على البرئ كما صرح به فى الشرايع والتذكره [illegible] لان [illegible] عقد [illegible]
اللمعه وجامع المقاصد ولك وضه ومجمع الفائده والكفايه [illegible] لا يجوز [illegible] الاتفاق عليه
مستفاد من الكتب المذكوره فانها لم تنبه على خلاف فيه ولا اشكال فى ذلك ومنها ما تمسك به فى
والتنقيح

المذكرة وجمع الفائدة من ان الاصل براءة ذمة المحال عليه من الدين الذي ادعاه المحيل عليه وقد نبه
عليه في لك قائلا لما ثبتنا ان الحوالة جائزة على البريء من دين المحيل على المحال عليه لم يقبض باطلاقها
ثبوت دين كذلك فاذا ادى المحال عليه وطالب بما ادى منكر الثبوت الدين عليه للمحيل فالقول
قوله مع يمينه فالقول قوله مع يمينه لاصالة البراءة فيرجع على المحيل بما اداه وقد صح في جامع
المقاصد وجمع الفائدة بعدم اقتضاء الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه بما يدعيه المحيل من الدين
وقد يقال ان الاصل المذكور معارض بامرين احدهما اصالة براءة ذمة المحيل مما يدعيه المحال عليه
عليه الا ان يرجح الاول بما تقدم الاشارة من ظهور الاتفاق عليه وثانيهما ان الظاهر انه لولا
اشتغال ذمة المحال لما احيل عليه كما صح به في اللمعة وشرحها وفيه نظر اما اولا فللمنع من ظهور ذلك
فان الحوالة تقع عادة على مشغول الذمة وبريئها ولم يثبت غلبة الاول واما ثانيا فلانه لو سلم
اولوية الاصل من الظاهر حيث يقع التعارض بينهما كما صح به في اللمعة وشرحها وخروج بعض
الموارد لدليل لا يقدح في حجية الاصل والا لسقط جميع الاصول الشرعية عن حجيتها ومنها ما نبه
به في جامع المقاصد وجمع الفائدة من ان المحال عليه منكر لاشتغال الذمة وانا اعترف بصحة
الحوالة لما تقدم اليه الاشارة من ان صحة الحوالة لا يستلزم اشتغال ذمته وقد يقال هو وان
كان منكرا بهذا الاعتبار الا انه مدع باعتبار رجوعه على المحيل كما انه منكر باعتبار الرجوع ومدع با
عتباره دعواه اشتغال ذمة المحال عليه بالدين فكلاهما مدع من جهة ومنكر من اخرى كما لا يخفى
فلا وجه للترجيح بل قد يدعى ترجيح جهة انكار المحيل الرجوع عليه لانه عين المتنازع فيه دون
هذه الدعوى منكر وان كان باعتبار دعوى اخر مترتبة على هذه الدعوى مدعيا ومن الظاهر
ان المناط في المنكر والمدعي نفس الدعوى الواقعة لا لوازمها فتامل وينبغي التنبيه على امور الاول
انما يقدم قول المحال عليه مع يمينه كما صح به في التنقيح وعدة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد وشرحها
ولك وجمع الفائدة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه وان لم ينبه عليه في التذكرة والتلخيص والارشاد
والكفاية وعلى هذا يرجع المحال عليه على المحيل بما اداه الى المحتال من جهة الحوالة كما صح به في

الشرايع

علم المحال

الشرايع والتحرير واللمعة وشرحها ولك الثاني صح في الروضة تبعا للمعة بانه لا فرق في رجوعه
على المحيل بعد الحلف على ذلك بين كون العقد الواقع بينهما بلفظ الحوالة او الضمان معللا
بان الحوالة على البريء اشبه بالضمان فيصح بلفظه وايضا فهو يطلق على ما يشملهما بالمعنى الاعم
فيصح التعبير به عنهما ولكنه احتمل عدم التسوية قائلا ويحتمل الفرق بين الصيغتين فيقبل مع
التعبير بالضمان دون الحوالة عملا بالظاهر وعندي فيما احتمله نظر بل الاقرب عندي التسوية كما
ذهب اليه اولا الثالث ان اعتبرنا في الحوالة شغل ذمة المحال عليه ولم نجوزها على البريء فهل القول
قول المحال عليه ح ايضا او لا صار الى الاول في لك قائلا ولو اعتبرنا في الحوالة شغل ذمة المحال عليه
لم يقبل قوله في نفيه لاقتضائها ثبوته فالمنكر وان كان معه اصالة براءة ذمته من الدين الا ان
ذلك يقتضي بطلان الحوالة على هذا التقدير ومدعي الدين يدعي صحتها ومدعي الصحة مقدم ويمكن
على هذا ان يقال تساقط الاصلان ويبقى مع المحال عليه انه ادى دين المحيل باذنه فيرجع عليه على
التقديرين وهو حسن فان قيل الاذن في الاداء انما وقع في ضمن الحوالة فاذا لم يحكم بصحتها انتفى
الاذن مجرد الانه تابع فيستحيل بقاؤه بدون متبوعه قلنا الاذن وان كان واقعا في ضمن الحوالة
فاذا لم يحكم بصحتها الا انه امر يتفقان على وقوعه وانما يختلفان في امر آخر فاذا لم يثبت لا ينتفي ما قد
وقع الاتفاق منهما عليه على ان في زوال الاذن الضمني بزوال ما يثبت في ضمنه بحث يأتي في تحقيقه
انشاء الله تعالى في الوكالة المعلقة على شرط وصح في الروضة ايضا بوقوع التعارض بين اصالة البراءة واصالة
الصحة وتساقطهما وكفاية الاذن الضمني في الحوالة الباطلة المتفق عليه بين المدعي والمدعى عليه في
جواز الرجوع على المحيل ولكنه صح اخيرا بانه يحتمل عدم الرجوع ترجيحا للصحة المستلزمة اشتغال الذمة
وربما يظهر من التذكرة المصير الى هذا الاحتمال وترجيح اصالة الصحة وقد ناقش فيها بعدم دليل
يدل عليها بحيث يشمل المقام وثبوتها في الجملة لا يقتضي ثبوتها مطلقا حتى في هذا المقام ولذا
صح في جامع المقاصد بانه لا عبرة بهذا الاصل وليس كذلك اصالة البراءة فان ما دل على اعتبارها
يعم محل البحث ونحوه كما لا يخفى ولذا رجحها في جامع المقاصد وجمع الفائدة بعد ما قوى

المحال هنا ايضاً ولكن قد يدعى معارضتها باصالة براءة ذمة المحيل ولا دليل على الترجيح ولا يلزم من اعتبار الاذن
الضمني الموجب لرجوع المحال عليه على المحيل لعدم الدليل على ان كل اذن بالاداء حتى يشمل هذا الاذن
يسوغ الرجوع على الاذن فلا وجه للرجوع على المحيل فلا وجه لتقديم قول المحال فينبغي ان يكون الدعوى
ح ساقطة وهل المعتبر في الفرق بين صورتي اشتراط اشتغال ذمة المحال عليه في صحة الحوالة وعدمه
اعتقاد المحال عليه باحد الامرين اجتهاداً او تقليداً او اعتقاد المحيل كذلك او اعتقاد الحاكم او اعتقاد
جميعهم او اعتقاد الحاكم ما لم يعلم باعتقاد المحيل والمحال عليه احتمالات لم اجد احداً نبه على شيء منها
ولكن الاقرب هو ان المعتبر هو اعتقاد الحاكم مطلقاً ولا يبعد دعوى الاتفاق عليه فتأمل
منهل يصح ان يحيل السيد المديون على عبده الذي كاتبه بمال الكتابة بعد حلول النجم كما
صرح به في الشرائع والارشاد وعد والتحرير وكره وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة ولهم وجوه
منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكورة لعدم تنبيهها كالمختلف على خلاف ولا
اشكال في ذلك ومنها عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود ومنها عموم قوله المؤمنون عند
شروطهم ومنها عموم النبوي اذا احيل احدكم على مليء فليحتل ومنها ما تمسك به في جامع
المقاصد ولك من انه مال ثابت في ذمة المكاتب فصح الحوالة به كسائر الديون وقد اشار اليه في
مجمع الفائدة وهل يصح ان يحيل على المكاتب قبل شيء من النجوم ولا فيه قولان احدهما الصحة وهو
للارشاد وعد والتحرير وكره ولك وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة وثانيهما عدم الصحة
وقد حكاه في لف عن ط وفي يع والتحرير عن بعض بلفظ قيل وصرح في عد بان المسئلة محل اشكال وان ما
الى الصحة في جامع المقاصد قائلا ومنشأ الاشكال الذي ذكره المص من تعجيز نفسه وامكان موته
قبل حلول النجم فيظهر عدم الاستحقاق ومن انه مال ثبت بعقد لازم ومنع جواز تعجيز نفسه
ولو سلم فلا ينقص حاله عن الثمن في مدة الخيار وينبغي التنبيه على امور الاول يتفرع على الخلاف
ما نبه عليه في لك قائلا بعد ترجيح القول بالجواز وعلى هذا فلا يعتق العبد بالحوالة لانها ليست في
حكم الاداء بل في حكم التوكيل عليه بقبضها وانما فائدة الحوالة لانه فرع فلو اعتق السيد المكاتب

٢

بطلت الكتابة ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة لان المال صار لازماً لما للمحتال والبطلان طار ولا
يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة وقد صرح بما نبه عليه بقوله وح فلو اعتق اه في التذكرة
وهو جيد كما نبه عليه بقوله وعلى هذا ثم الثاني صرح في الشرائع بانه لو باع السيد سلعة فاحاله
بثمنها جاز لان حكم المكاتب حكم الاحرار في المداينات وهو جيد وقد صرح به في كره وعد وجامع المقاصد
ونبه عليه في لك ايضا ثم الثالث يثبت في ذمة السيد بثمن ما اشتراه ويصح الحوالة به السيد للثمن
دائماً حصل البيع ولم يذكر حكم مطلق الدين مع اشتراكهما في المعنى للتنبيه على خلاف الشيخ في مسئلة
البيع حيث انه يمكن فسخ الكتابة بناء على اصله من جوازها من جهته فيوجب استحقاق السيد شيئا
على عبده بخلاف ما لو باع اجنبي واحاله على المكاتب بثمنه فانه لا سبيل له الى اسقاطه ولو فسخت
الكتابة فانه يثبت في ذمته الثالث لو كان للمكاتب دين على اجنبي غير السيد فاحال سيده بمال
الكتابة على ذلك الاجنبي الذي للمكاتب عليه دين صحت الحوالة كما صرح به في يع وعد ولك لتعين
بانه يجب على المديون تسليم مال الكتابة الى من ينصبه وان لم يتفق الثاني فالاوضح فتبرأ ذمة
المكاتب من مال الكتابة ويتحرر لان الحوالة بمنزلة الاداء وسواء ادى المحال عليه المال الى السيد ام لا حتى
لو افلس به لم يتغير الحكم لان ما احاله به دين ثابت ثم صرح بانه لو كانت الحوالة ببعض مال الكتابة
كان بمنزلة قبض البعض حتى لو اعتقه سقط عن المكاتب الثاني ولم تبطل الحوالة وجميع ما ذكره جيد
وقد صرح في المبسوط وكره والجامع بجواز احالة المكاتب سيده على غيره ويظهر من الثاني دعوى
الاتفاق عليه الرابع صرح في التحرير بانه لو حل نجم جاز للعبد ان يحيل مولاه بقسط من الكتابة
اجماعاً وما ذكره من الحكم جيد منهل اذا احال رجل على رجل بحوالة وقبض المحتال المال ثم بعد
الحوالة ثم اختلف المحيل والمحتال فقال المحيل انت وكيلي في ذلك وانما قصدت بحوالتي اياك
توكيلك لتقبض حقي عنا وقال المحتال لعل الامر كما ذكرت بل انما احلتني لاخذ ذلك لنفسي على
وجه الحوالة بمال عليك واردت المعنى الحقيقي ولم تقصد الوكالة واتفقا على ان العقد الذي جرى
بينهما من اللفظ صيغة احلتك عليه بمالي عليه من الحق من غير قرينة ويقول المحتال ذلك فهل

القول قول المحيل ولا بل القول قول المحتال اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول
ان القول قول المحيل المدعي للوكالة وهو للخلاف وط والغنية والتحرير وعده في التذكرة
واختاره في الشرايع والكفاية انه الا انهما فالاخير وفيه تردد الثاني ان القول قول
المحتال المدعي للحوالة وهو المختلف والجامع وجامع المقاصد والك وغاية في الخلاف الى قوم
للاولين وجهان احدهما ما تمسك به في الشرايع والتذكرة وعده من ان المحيل اعرف بلفظه
باعتبار استعماله في معناه الحقيقي وغيره وكذا هو اعرف من غيره بقصده اذ لا يعلم قصده الا
من قبله فيكون قوله مقدما واورد عليه في جامع المقاصد قائلا وفيه نظر لان اللفظ الواقع
مجردا عن القرينة يجب حمله على حقيقته لان الواجب على المتكلم نصب القرينة اذا اراد المجاز فالتجرد
عنها دليل الحقيقة حذرا من كون الامر مشتملا على الاغراء بجهل المقصود والاصل خلافه
فاذا كان الواجب حمله على ذلك كان دعواه بعد ذلك مخالفة للاصل على ان هذا لو قدح هنا
لقدح في جميع الابواب من بيع وصلح واقرار ونكاح وغيرها واورد عليه في الك قائلا هذا
حسن لو سلمنا كون الحوالة مجازا في الوكالة لكنه محل نظر لان الوكالة لما كانت تتحقق في ضمن كل لفظ
يدل على الاذن بطريق الحقيقة وكانت الحوالة مؤدية لذلك لان معنى احلتك كما يحتمل ارادة
تحويل المال من ذمته الى ذمته يحتمل ارادة تحويل المطالبة من المحيل الى المحتال فغايتها تسلطه
على المحال عليه او تقول انه دال لغة على ان الاذن للمحتال حاصل على التقديرين وانما الكلام في المعنى
الزائد على الاذن وهو تحويل الحق وكون المراد منها هو الحوالة بالمعنى المتعارف فظاهر انه لا شبهة فيه
لكنه لا يدل على مجازيته الاخر لجواز كونه من باب المشترك الذي يراد منه احد معانيه بقرينة فيرجع
الامر الثاني هل هو من باب الحقيقة والمجاز او من باب المشترك الذي دلت القرائن على ارادة احد
معنييه وتظهر الفائدة في كون الفرد الاخر حقيقة او مجازا اذ بواسطة ذلك يختلف الحكم كما
سبق تقريره فان قيل المتبادر من لفظ الحوالة عند الاطلاق هو المعنى المتعارف لها ولا يفهم منه ارادة
الوكالة الا بانضمام قرائن خارجية فيدل على كونها حقيقة في معناها المذكور دون الوكالة لما

تقرر

تقرر في الاصول من ان ذلك من علامة الحقيقة والمجاز قلنا هذه العلامة لا تتم في المشترك لانه مع
وجود قرينة تعين احد معانيه يتبادر الى الذهن ارادته مع عدم كون الاخر مجازا اجماعا ومع عدم
قرينة معينة لا يتبادر احدها فيلزم على هذا ان يكون الاطلاق عليها بطريق المجاز كما ان الاطلاق
على غير المتبادر بطريق المجاز ايضا وهو باطل قطعا الا ترى ان من قال اشتريت الشيء الفلاني
بالعين يتبادر الى الذهن قطعا انه لا يريد به عين الركبة ولا الباصرة مع ان اطلاق العين عليهما
بطريق الحقيقة ثم يحتمل ان يريد به ما قابل الدين فيصلح لسائر اعيان الاموال ويحتمل ان يريد به
الذهب فيخرج غيره من الاعيان ويدخل الدين اذا كان ذهبا فلا يدل عدم المبادرة الى احدها على
انها مجاز فيه ثم لو ضم الى لفظ الامر السابق قوله لا بالدين يتبادر الى الذهن ارادة المعنى الاول
من المعنيين ومع ذلك لا يدل على ان اطلاقه على الباقي بطريق المجاز وح فاطلاق الاصوليين كون
ذلك من علامات الحقيقة والمجاز يحتاج الى التنقيح وقد نبه له بعض الاصوليين فان قيل الحوالة
حقيقة شرعية في العقد المخصوص واطلاقها على الوكالة انما هو بطريق اللغة فاذا تعارضت الحقيقتان
فالشرعية مقدمة وتعضدها ايضا دلالة العرف على ارادة المعنى الشرعي والعرفية مقدمة على
اللغوية قلنا دلالتها على الوكالة ايضا بطريق الشرع لان الوكالة لما كانت شرعا حقيقة في الاذن
في التصرف كيف اتفق وباي لفظ دل عليه كما هو شان العقود الجائزة وكانت الحوالة دالة عليه ايضا
فاطلاقها عليها اذا ارادها الا فقط يكون بطريق الحقيقة الشرعية وان وافقها مع ذلك اللغة
وترجيح الشرع والعرف المعنى المتعارف من الحوالة لا يقتضي ترجيح احد معنيي المشترك وهو
لا يخرج الفرد الاخر عن الحقيقة فان قلنا سلمنا صلاحيتها لذلك لكنه يستلزم كون لفظ الحوالة مشتركا
بين المعنيين ولو حملناها على الوكالة بطريق المجاز يندفع الاشتراك وقد تقرر في الاصول ان المجاز اولى
من الاشتراك عند التعارض قلنا لا نسلم اولويته اولا بل في الجمع من المحققين باولوية الاشتراك
سلمنا لكن ذلك اذا لم يثبت الاشتراك وقد اثبتناه فلا يتم الترجيح واذا ثبت ذلك فدعوى
المحيل ارادة الوكالة يكون دعوى لارادة بعض افراد الحقيقة الا انه خلاف الظاهر ودعوى

المحتال الحوالة توافقه لكن هذا لا يدفع الاصلان المتقدمان وهما اصالة بقاء حق المحيل وحق المحتال
وانما ينفيان لو كانت الحوالة مجازا في الوكالة كما سلف اما اذا كانت حقيقة فيها فلم يقع ما يرفع
ذينك الاصلين لكن يرجع الامر الى تعارض الاصل والظاهر فان قدمنا الاول كما هو الراجح في استعمالهم
فالقول قول المحيل كما اختاره العلامة وجماعة وان قدمنا الظاهر فالقول قول المحتال كما لو جعلناها
مجازا في الوكالة وينتفي الوجهان وبعد ذلك كله فالقول بتقديم قول المحتال قوي اما مراعاة
للحقيقة او لقوة هذا الظاهر حتى يكاد يلحق بها وقد يرجح الظاهر في موارد لا تقصر هذا عنها
او لتساقط الامرين فيحكم له بملك ما اخذ بيده لان الاصل في اليد الملك وبهذا ظهر انه لا وجه لتقييد
الشارح المذكور بكونه بعد القبض فقول بعضهم انه لا اختلاف قبل القبض وبعده لا نجد فيه فرقا
ليس بجيد وانما يتجه عدم الفرق لو سلم ان الحوالة مجاز في الوكالة فاذا اطلقت وحملت على الحقيقة تعين
قبل الاداء الى المحتال لانه صار بملكه سواء قبض ام لم يقبض وقد ناقش في جميع ما ذكره اما في قوله
هذا حسن لو سلمنا كون الحوالة مجازا في الوكالة لكنه محل نظر فبان الظاهر ان لفظ الحوالة حقيقة
في المعنى المتعارف ومجاز في الوكالة عرفا ولغة وذلك لوجوه منها تعريفها بما عند جماعة من الاصحاب وقد
تقدم اليها الاشارة فانها مصرحة بان الحوالة عبارة عن تحويل المال من ذمة الى اخرى وظاهرة في
انها لغة وعرفا كذلك لاقتصارها على ذكر معنى واحد لها وعدم تصريحها بانها لغة كذا وعرفا كذا كما
هو عادتهم في تعريف الالفاظ المنقولة وبان الاصطلاحات المتحدة واختلافها في عقد شرع للتحويل
او انها نفس التحويل لا يقدح فيما ذكرناه ويعضده ان الاول قول الطريحي في مجمع البحرين وتفسير
الحوالة واحاله بدينه اذا نقله من ذمة الى غير ذمته واحال عليه بدينه مثله والاسم الحوالة وهي
في مصطلح اهل الشرع عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله او غير مشغولة على خلاف
بشرط رضاء الثلثة واقتصر بعضهم على رضاء المحيل والمحتال وهو على ما ذكره بعض المحققين على
اقسام اربعة لان المحيل والمحال عليه اما ان يكونا مشغولي الذمة وهذه هي الحوالة الحقيقية او يكونا
بريئين وهذه وكالة في اقتراض مال او يكون المحال عليه مشغول الذمة خاصة وهذه وكالة في استيفاء

او المحيل خاصة وهي تحتمل الامرين ان لم نشترط شغل ذمة المحال عليه ومع الاشتراط فهي الضمان اولى وقوله
في تفسير الحوالة التوكيل هو ان يعتمد على الرجل ويجعله نائبا عنك والوكالة بفتحها وكسرها اسم من التوكيل
وهي تفويض من وكل اليه الامر اي فوضه وهي في الشرع الاستنابة في التصرف الثاني ان الاصحاب عقدوا
لكل من الحوالة والوكالة كتابا على حدة وذكروا لهما في الكتابين احكاما وشرائط خاصة ولم ينبهوا على اشتراكهما
في الاحكام والشرائط بل ظاهرهم العدم فتامل ومنها انه لا يصدق عرفا على المحيل انه موكل ولا على
المحتال انه وكيل بل يصح سلب الاسمين عن الشخصين ولو كانت الحوالة ترادف الوكالة او كانت
الوكالة احد معانيها لصدقا لان الامر ان حقيقة بالضرورة وبطلان التالي في غاية الظهور وقد تقرر ان صحة
السلب من اقوى امارات المجاز واذا ثبت هذا عرفا فالاصل ان يكون لغة كذلك لاصالة عدم النقل
ومنها ان لفظ الحوالة لو اريد منها الوكالة لما تطرق الاشتراك المعنوي او اللفظي او المجاز لا استعماله
بعد قوله احلتك او تحقق من فلان حوالة عن ارادة المعنى المتعارف او الوكالة والتالي باطل فالمقدم
مثله اما الملازمة فلان حسن الاستفهام من دلائل الاشتراك مط واما بطلان التالي فواضح
فتامل واما في قوله لان الوكالة الخ فبان مجرد كون الوكالة لا تستلزم صحة ارادتها من لفظ الحوالة
الظاهر في خلافها والموضوع لغيرها بدون نصب قرينة تدل على ارادتها ومجرد احتمال ارادة
تحويل المطالبة مع كونها خلاف الظاهر لا يترتب عليه اثر بل هو مدفوع بحكم الاصول فتامل
واما في قوله او نقول الخ فبالمنع من دلالة الحوالة بالمعنى المتعارف على اذن المحتال بالمطالبة من
المحال عليه مطابقة ولا تضمنا فان غاية ما يستفاد من وضع اللفظ هو نقل المحيل ما في ذمته الى
ذمة غيره سواء اراد المحتال مطالبة المحال عليه او العفو عنه نعم ربما يدل على جواز المطالبة من المحال
عليه بالالتزام وهذا بخلاف الوكالة فانها تدل على الاذن في المطالبة بمقتضى وضع اللفظ لا بالدلالة
الالتزامية فليس الاذن هنا حاصلا على التقديرين من جهة واحدة حتى يدعى ان الكلام في المختلف الزائد
ثم سلمنا ولكن مجرد حصول الاذن على التقديرين لا يقتضي ان يكون القول قول المحيل في هذا النزاع
مع اختلاف حيثية الاذن لفقد الدليل عليه واما في قوله وكون المراعاة فبانه انما سلم الظهور بما

ذكر كان عبره خلاف الظاهر وقد تقرر عند الاصوليين ان الالفاظ يجب حملها على ظواهرها الا بقرينة
صارفة فمن يدعى الحمل على خلاف الظاهر يدعى امرا مخالفا للاصل فيلزمه اقامة البينة ولا يشترط في ذلك
كون الظهور ناشيا من جهة الوضع والحقيقة وعدمه ناشيا من جهة التجوز بل الظهور موجب لحمل اللفظ
على الظاهر دون غير الظاهر وان لم يكن ناشيا من جهة التجوز وقد استقر على ذلك عادة اهل اللسان
واتفق عليه علماء اهل اللغة من المتقدمين والمتاخرين على ذلك وصار ذلك عندهم قاعدة كلية
يرجع اليها في استنباط الاحكام الشرعية من الكتاب والسنة ولهذا يعولون فيها وفي غيرها على
المفاهيم المخالفة والموافقة وعلى ظواهر الاطلاقات وغير ذلك على ان الظهور اذا كان ناشيا من
جهة التبادر لزم الحكم بكون الظاهر معنى حقيقيا وخلافه معنى مجازيا بناء على ان الاصل في التبادر
ان يكون علامة الحقيقة وفي عدمه ان يكون علامة المجاز وهذا الاصل مستفاد من كثير من الاصوليين
وقد حققنا الكلام في ذلك في كتبنا الاصولية واما في قوله قلنا هذه العلامة لا تتم في المشترك اه
فبان الظاهر باتفاق الاصوليين كما اعترف به ان التبادر من العلامات التي يستدل بها على الحقيقة
ومع ذلك فالحجة عليه مضافا الى ما ذكر ظاهرة بعد تفسير التبادر بانه فهم العالم بالوضع المعنى
من اللفظ مجردا عن القرينة لظهور كون ما ذكر من خواص الحقيقة التي لا توجد في المجاز اصلا وما
يورد على ما ذكر قد بينا فساده في كتبنا الاصولية واما قوله هذه العلامة لا تتم في المشترك اه
فضعفه ظاهر لما بينا من ان التبادر الذي هو علامة الحقيقة عبارة عن فهم العالم بالوضع المعنى
من اللفظ مجردا عن القرينة وليس هذا موجودا فيما قصد من معنى المشترك بل في جميع معانيه
بالنسبة الى العالم بالاشتراك واما الفهم بواسطة القرينة فليس من علامات الحقيقة قطعا ولم
يقل به احد على الظاهر وكيف يمكن القول به مع تحققه في جميع المجازات ثم قد يرد على كون عدم
التبادر دليل المجاز النقض بالمشترك المجرد عن القرينة فان معانيه لا يتبادر مع انها حقايق لا
مجازات فيكون هذه العلامة اعم ولكن قد يجاب عنه بالمنع من عدم تبادرها بل كلها متبادرة ولو
اجمالا بالنسبة الى العالم بالوضع كما لا يخفى سلمنا ولكن الاغلب في صور عدم التبادر المجاز فينبغي

الحاق مورد الشك بالغالب عملا بالاستقراء ولا يشترط في امارات الحقيقة والمجاز عدم تخلفها
اصلا وكونها من الخواص التي لا توجد في الغير بل يكفي فيها الاغلبية لحصول الظن منها وقد تقرر
عندنا وعند معظم الاصوليين كفاية الظن في اللغات سواء كان حاصلا من جهة النقل والاجماع
او من جهة الامارات والعلامات ولولا ما ذكر لانسد باب معرفة الحقايق والمجازات فينسد
طريق استفادة الاحكام الشرعية وغيرها من الايات والاخبار وكلمات العلماء الاخيار وهو
امر مخالف للضرورة ولسيرة المسلمين بل الملييين بل العقلاء قاطبة فيلزم مما ذكرنا ان تكون
الحوالة حقيقة في المعنى المتعارف وهو غير الوكالة ومجازا في غيره وهو الوكالة لان الاول متبادر
والثاني غير متبادر وقد بينا ان التبادر دليل الحقيقة وعدمه دليل المجاز وان قلنا ان تبادر
المعهود ليل صح الحكم بكون الوكالة معنى مجازيا للحوالة على ان الحكم بكون الحوالة حقيقة في المعنى
المتعارف ومجازا في غيره وهو الوكالة لعدم الاشتراك بينهما لا يتوقف على التمسك بالتبادر وعدمه
بل يدل عليه الامران عدم صحة السلب بالنسبة الى الاول وصحته بالنسبة الى الثاني وغير ذلك
ومن جملته ان لفظ الحوالة لو كان مشتركا لفظيا بين المعنيين لما صح العقد بلفظ احلتك على فلان مجردة
عن قرينة التعيين والتالي باطل فالمقدم مثله اما الملازمة فلان هذه اللفظة على تقدير الاشتراك
تكون مجملة بناء على المختار الذي عليه معظم الاصوليين من كون المشترك مجملا بالنسبة الى معانيه
واستعمال اللفظ المجمل في العقد من غير نصب قرينة على التعيين يقتضي فساده واما بطلان التالي
فلظهور اتفاق الاصحاب على كفاية لفظ احلت المجرد عن قرينة التعيين في صحة الحوالة فتامل
واما في قوله قلنا دلالتها على الوكالة لا تنفي اه فبان لفظ الحوالة اذا اطلق مجردا عن القرينة لا يدل على
الوكالة بوجه من الوجوه لا لغة ولا عرفا ولا شرعا ولذا لا يطلق على المحيل انه موكل ولا على المحتال انه
وكيل والحاصل انه لا اشكال في ان حقيقة الحوالة مغايرة لحقيقة الوكالة وليس هما مترادفين كالانسان
والبشر قطعا مضافا الى ان الاصل عدم الترادف في الالفاظ ولا الوكالة اخص من الحوالة قطعا
لصدق الوكالة في مواضع لا يصدق فيها الحوالة ولا الوكالة اعم والا لكان كل محيل ومحتال

موكلا ووكيلا وهو باطل قطعاً سلمنا ولكن يجب حمل اطلاق لفظ الحوالة على نقل المال الخاص حينئذ فإرادة الوكالة
وعليه يكون دعوى المحيل ارادة الوكالة بالمعنى الاخر الذي هو غير نقل المال الخاص دعوى مخالفة
للاصل فلا تسمع بلا بينة قم ثم ان قوله لان الوكالة آه سند منع بان ما ذكره لو كان موجبا لدلالة
الحوالة على الوكالة لكان البيع والصلح والاجارة والنكاح كلها دالة على الوكالة وكون من يقبلها
وكيلا لتحقق ما ذكره هنا ايضا كما لا يخفى وهو باطل قطعاً قم واما في قوله وترجيح الشرع آه
فانا قد اشرنا الى ان الحوالة ليست من الالفاظ المشتركة بين معان احدها الوكالة سلمنا ولكنه
قد اعترف بان المعنى المتعارف للحوالة هو الظاهر عند اطلاقها فالاصل يقتضي وجوب حملها
عليه دون غيره الذي هو خلاف الظاهر فدعوى المحيل ارادة غيره دعوى مخالفة للاصل فلا تسمع
من غير بينة ولا فرق في ذلك بين ان يكون خلاف الظاهر معنى حقيقيا او لا لان المعتبر هو
مخالفة الدعوى للاصل لا لكونها مستلزمة لارادة المجاز على ان المحيل لو اراد خلاف الظاهر من غير
نصب قرينة كما هو المفروض في هذه الدعوى لاتفاق المتنازعين على ان الصادر ليس الا لفظ الحوالة
مجردا عن القرينة لكان اغراء بالجهل ويترتب على ذلك فساد عقد الحوالة لان الموجب اراد شيئا
والقابل اراد غيره فلم يتحقق العقد فيلزم فساد ما ادعى وعلى هذا يرجع دعوى المحيل الى دعوى
فساد الحوالة ودعوى المحتال الى دعوى صحتها ومن القواعد المقررة ان القول قول من يدعي
صحة العقد الواقع لا من يدعي فساده قم واما في قوله قلنا لا نسلم او لو سلم آه فان المختار
عندنا وفاقا لاكثر الاصوليين ان الامر اذا دار بين الاشتراك والمجاز كان المجاز اولى والقول
باولوية الاشتراك او بالمساواة ضعيف وقد حققنا الكلام في هذه المسألة وغيرها في تعاليقنا
الاصولية واما في قوله سلمنا لكن فلانا لم يثبت الاشتراك آه فانه لم يقم حجة قاطعة على الاشتراك
بل لم نجد في كلامه على الاشتراك شيئا اصلا نعم غاية ما يستفاد من كلامه احتمال الاشتراك
وعدم دلالة عدم التبادر على عدمه وان هذا من اقامة الدليل على صحة احتمال الاشتراك
ومن الظاهر ان مجرد مصير جمع من المحققين الى اولوية الاشتراك من المجاز لا يقتضي ثبوت

الاشتراك هنا لا عنده ولا عندنا واما في قوله واذا ثبت ذلك فدعوى المحيل آه فان دعوى
ارادة بعض افراد الحقيقة لا يجعل دعواه موافقة للاصل حتى يكون القول قوله بل هذه
الدعوى مخالفة للاصل بعد الاعتراف بكونها مخالفة للظاهر لما تقرر من ان الاصل وجوب
حمل الالفاظ على ظواهرها فما خالف الظاهر يكون خلاف الاصل فمدعاه لا يكون القول
قوله قم واما في قوله ولكن هذا يندفع آه فانه كما يندفع الاصلان المتقدمان على تقدير كون
الحوالة مجازا في الوكالة كذا يندفعان على تقدير الاشتراك اللفظي مع كون الظاهر من
اطلاق لفظ الحوالة هو المعنى المتعارف لان السبب واحد وهو وجوب حمل اللفظ على
ظاهره وكون ارادة غير الظاهر على خلاف الاصل قم واما في قوله لكن يرجح الامر آه فان
الظاهر ان المقام ليس من موارد تعارض الاصل والظاهر المفروض في كتب الاصوليين و
الفقهية لاختصاص ذلك بموضوعات الاحكام كالغسالة وبدا المسلم ونحو ذلك واما مثل هذا
الظاهر الراجع الى دلالة الخطاب فيلزم تقديمه على مثل هذا الاصل الراجع الى الاستصحاب
ولا يبعد دعوى ظهور اتفاق الاصوليين والفقهاء عليه كما لا يخفى على من شاهد سيرتهم و
تتبع طريقتهم واما في قوله مراعاة الحقيقة او لقوة هذا الظاهر آه فانه قد يمنع من كون حقيقة
في المعنى المتعارف دون غيره بل ادعى الاشتراك اللفظي بينه وبين الوكالة ومجرد كونه احد المعاني
الحقيقية لا يقتضي ترجيحه مع احتمال الاخر واما دعوى قوة هذا الظاهر فمسلمة ولكن قد يطالب
بدليل ترجيحه على مذهب من يرجع الامر هنا الى تعارض الاصل والظاهر وترجيحهم الظاهر في موارد
لا تقصر هنا عنها لا يقتضي الترجيح هنا الا على تقدير كون ترجيحهم بنفسه حجة وكون الاستقراء حجة
وكلاهما محل اشكال هنا واما في قوله ولنا قطع الامر بين آه فالمنع من كون الاصل في اليد الملكية
بحيث يشمل محل البحث الذي فرض فيه العلم بكون ما في يد المحتال ملكا للمحيل قبل الحوالة وبانه انما
انتقل من المحيل قم واما في قوله فقول بعضهم آه فان قول البعض جيد على تقدير منع ان
الاصل في اليد الملك هنا كما لا يخفى واما في قوله وانما نحيله آه فالمنع من انحصار انحاء عدم

الفرق في صورة تسليم كون الحوالة مجازا في الوكالة بل يتجه ايضا على تقدير كونها مشتركة بين
المعنيين المتعارفين والوكالة مع ظهورها في الاول دون الثاني فتامل وثانيهما ما تمسك
به في الخلاف والغنية والتحرير والتذكرة والقواعد من ان الاصل بقاء حق المحتال في ذمة المحيل
وبقاء حقه على المحال عليه والمحتال يدعي زوال الحقين والمحيل ينكره فكان القول قوله وما اورد عليه
في جامع المقاصد بان الاصل الذي ادعوه زال بالحوالة الصادرة بينهما التي الاصل فيها الحقيقة
والصحة فلا يعتد به ولو قدح هنا لقدح في البيع ونحوه اذا وقع الاختلاف فيهما بعد الصدور كاملا
لا يقال يمنع ما ذكره من اصالة الحمل على الحقيقة ومن اصالة الحمل على الصحة بحيث يمكن ان يحل البحث
لفقد الدليل عليهما من الادلة الاربعة لا خصوصا ولا عموما وانما النقض بالبيع ونحوه فيجاب عنه بالتزام
ما ذكرنا فيهما ايضا لاتحاد الطريق سلمنا ولكن خروجهما بدليل على تقدير تسليمه لا يقتضي
خروج محل البحث ايضا الا على تقدير حجية القياس وهي ممنوعة لانا نقول ما دل على حجية الاصلين
المذكورين عام بحيث يشمل محل البحث كما لا يخفى مضافا الى ان حجيتهما في كثير من الموارد يقتضي
حجيتهما هنا بناء على المختار من حجية الاستقراء في نفس الاحكام الشرعية لافادته الظن والاصل
فيه الحجية كما بيناه في المفاتيح والتفصيل بين البيع ونحوه وبين محل البحث تفصيل لم يقل به احد
على الظاهر مضافا الى ان الاستقراء يدفعه ثم وللاخرين ما تمسك به في التذكرة قائلا ويحتمل
تقديم قول المحتال عملا بالظاهر من حمل الالفاظ على حقايقها ومن يدعي حملها على مجازاتها فقد ادعى
خلاف الظاهر فلا يقبل منه كما لو ادعى ثوبا في يد زيد فانا نقضي لزيد عملا بظاهر اليد كذا هنا يقدم
قول مدعي الحوالة عملا بظاهر اللفظ لشهادة لفظ الحوالة واشار الى هذا الوجه في القواعد والتحرير وجامع
المقاصد والمسالك محل اشكال فلكن القول الثاني من ان القول قول المحتال في هذه الدعوى هو
الاقرب وانما يقدم قوله مع يمينه كما صرح به في التحرير ولك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه وان اطلق تقديمه
في الجامعين وان قلنا بالقول الاول فيعتبر اليمين ايضا كما صرح به في ط وفي الغنية بل الظاهر انه مما لا خلاف
فيه وان اطلق في يع وعد تقديم قول المحيل وعلى المختار اذا حلف المحتال ثبت ما في يده الذي

قبضه

قبضه من المحال عليه لنفسه ولم يجز له مطالبة المحيل بوجه ولا يجوز للمحيل مطالبة المحال عليه
بما كان له من الدين على المحال عليه على القولين سواء صدق المحال عليه المحتال ام صدق المحيل
ام شك فيه لان المحال عليه على اي تقدير سلم الدين الى من يكون التسليم اليه موجبا البراءة
ذمته وذلك واضح وهل تبرأ ذمة المحيل ظاهرا او باطنا من دين المحتال اولا فيه اشكال ولكن
الاحتمال الثاني هو الاقرب كما صرح به في التحرير وان قلنا بالقول الاول وجب على المحتال دفع
ما قبضه من المحال عليه من الدين الى المحيل ولم تبرأ ذمته من دين المحتال وينبغي التنبيه على
امور الاول اذا وقعت الدعوى المفروضة قبل قبض المحتال المال فقال المحيل وكلتك
وقال المحتال لم توكلني بل احلتني فقد قطع في الشرايع وعد بان القول قول المحيل هنا ايضا
وصار اليه في المبسوط والتلخيص والتحرير وهو مقتضى اطلاق الخلاف والجامع وقد صرح في
جامع المقاصد بانه لا فرق في تقديم قول المحيل هنا بين صورتي قبض المحتال من المحال عليه و
عدمه قائلا واعلم ان اختلافهما قبل القبض وبعده لا نجد فيه فرقا لان عقد الحوالة من العقود
اللازمة فاذا صح وحمل على الحقيقة تعين فيه الاداء الى المحتال لانه صار ملكه وكان المصنف لحظ
كون الحوالة استيفاء والاستيفاء انما يتم الملك بالقبض فقبله لا يتحقق الملك فيكون
الاختلاف قبل القبض في استحقاق ما هو مملوك للمحيل حين الاختلاف وليس كذلك لان
نفس الحوالة استيفاء ومثمرة للملك وان لم يحصل القبض حتى لو اراد المحيل بعد كمال الحوالة
دفع البدل توقف على رضاء المحتال وليس هو كالايفاء بغير الحوالة فان الملك فيه متوقف
على القبض ومن ثم يجوز الابدال قبله فعلى هذا يكون قوله ولو لم يقبض قدم قول المحيل قطعا
في غاية البعد وما قطع غير ظاهر وقد وجه الفرق بين صورتي القبض وعدمه فيما حكينا عنه
سابقا وقد حقق الكلام هنا بنحو آخر قائلا الكلام هنا يتفرع على ما سبق فان قلنا ان لفظ
الحوالة مجاز في الوكالة فعدم الفرق واضح والقطع ممنوع بل الوجهان آتيان فيه وتقديم قول
المحتال اوضح لاتفاقهما على وقوع اللفظ الناقل للملك فلا يقدح دعوى المجاز والا لتوجه

في الشرح

ابقم

في كل عقد يدعي فيه لفظا ارادة غير معناه الحقيقي وهو باطل وان جعلناها حقيقة في الوكالة
تعارض الاصل والظاهر ولا ترجيح من جهة القبض كما تقدم فيمكن ان يكون قطع العلامة من جهة
ترجيح الاصل لان الغالب معتقدا ما سبق اصالة عدم ملك المحتال بخلاف ما في يده
وانا توجيه الفرق بان الحوالة استيفاء والاستيفاء انما يتم بالقبض الملك فقبله لا يتحقق الملك
فيكون الاختلاف قبل القبض في استحقاق ما هو مملوك المحيل عن الاختلاف فليس بشيء
لان الحوالة وان جعلناها استيفاء نقول انها بمنزلة وفاء لا بمنزلة التوكيل فيه لان الحوالة
تقتضي النقل والملك وان لم يحصل القبض اجماعا حتى لو اراد المحيل بعد الحوالة وقبل القبض دفع
البدل لم يملك ذلك بدون رضاء المحتال وفي بعض ما ذكره نظر وكيف كان فالاقرب عندي
هنا تقديم قول المحتال بيمينه ايضا لاتحاده مع السابق في الوجه فتم وعليه اذا حلف المحتال
رجع على المحال عليه فاذا اداه الى المحتال برئت ذمته من دين اذا صدق المحتال في دعواه
واما اذا كذبه ووافق المحيل في دعواه وقلنا بعدم اشتراط رضاه ففي براءة ذمته اشكال
ولكن احتمال البراءة لا يخلو عن قوة وان قلنا باشتراطه فينبغي ان لا يرضى بالحوالة ولا يدفع المال
الى المحتال بعد علمه بكذبه وصرح في التذكرة بانه لو حلف المديون وبطلت الحوالة الثالث
صرح في جامع المقاصد بانه لو اختلفا في وجود القرينة فالقول قول من ينفيها بيمينه لان الاصل
العدم وهو جيد الرابع لو قال المحيل المديون بعد اتفاقهما على جريان لفظ الحوالة احلتك
وقال المحتال لا بل وكلتني بعكس الثاني فعلى القول الثاني قول مدعي الوكالة ولا بل القول قول
مدعي الحوالة كما سبق صرح بالاول في المبسوط والغنية والشرائع والمختصر وغيره وكره وفيهم
وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه لان الجماعة المتقدم اليهم الاشارة قد افتوا هنا بتقديم قول
مدعي الوكالة من غير اشارة الى الخلاف ولا اشكال بل صرح في التذكرة بانه لو اتفقا على جريان لفظ
الحوالة فالوجهان في المسألة الاولى على العكس هنا ثم قال في المسألة الاولى ان القول قول
مدعي الحوالة يقول هنا القول قول مدعي الوكالة وبالعكس مع اليمين فيهما لما مر من الوجهين

السابقين

لمدعي الوكالة

السابقين وفيه نظر وثانيهما ما تمسك به في التذكرة وجامع المقاصد قائلين يقدم قول
هنا عملا باصالة بقاء الحقين والمديون يدعي خلافهما وانتقالهما فكان عليه البينة وفيه نظر
كما نبه عليه في الثاني قائلا وفي توجيهه نظر لان الاصل في اللفظ الحقيقة والحمل على المجاز خلاف
الاصل والمحيل اعرف بلفظه وقصده والاصل الذي ادعاه بالنسبة الى الحقين زال بالسبب الواقع
بينهما ومنه يعلم ان ما اختاره هنا ايضا في غاية البعد مع مخالفته لما سبق من مختار الوجهين في
المسألة ولا اقل من مجيئهما هنا وان كان عندي احدهما ارجح وفي كره يحتمل الحكم هنا فيما اذا لم
يتفقا على لفظ مخصوص بل اذا اتفقا على الحوالة واختلفا هنا الاختلاف فالوجهان في المسألة
الاولى على العكس هنا وبين سنده ما ذكره تصريح لك بان توجيه هذا الحكم كما سبق اعتراضا وجوابا
فيأتي فيه الوجهان لرجوع الامر الى دعوى خلاف الظاهر وخلاف الحقيقة وربما يظهر منهما القول
بتقديم قول مدعي الحوالة وهو في غاية القوة وقد حكاه في ط من قوم فظهور الاتفاق على تقديم
قول مدعي الوكالة ممنوع بل لا اسلم اشتهاره وصرح في التذكرة وجامع المقاصد وغيرهما بانه يظهر فائدة
هذا الاختلاف عند افلاس المحال عليه ونحوه وهو جيد وعلى اي تقدير فان تقدم قوله فانما يقدم
قوله بيمينه كما نبه عليه في التذكرة وجامع المقاصد ولك لا اشكال انه تم الاختلاف فيه وصرح في الك
بما يترتب على القول بتقديم قول مدعي الحوالة قائلا وان قدمنا قول مدعي الحوالة فحلف برئ من دين
المحال وكان للمحتال مطالبة المحال عليه اما بالحوالة او بالوكالة ويتملك ما ياخذه اما قصاصا على
وصرح بما ذكره في كره ايضا
زعمه او لانه عين حقه كما اقتضى الظاهر وهو جيد وصرح في الك ايضا بما يترتب على القول بتقديم
قول مدعي الوكالة قائلا نقول فيها ان قدمنا قول المحيل وحلف فان لم يكن قبض المال فليس له
قبضه لان انكار المحيل الوكالة يقتضي عزله لو كان وكيلا وله مطالبة المحيل بحقه وهل للمحيل الرجوع على
المحال عليه وجهان منشأهما اعترافه بتحول ما كان عليه الى المحتال ومن ان المحتال ان كان وكيلا فاذا لم يقبض
بقي حق المحيل وان كان غاصبا فالاقرب ان المحيل اخذ المال منه وما على المحال عليه حق فللمحيل عليه اخذه
عما ظلم به وان كان قبض المال فقد برئت ذمة المحال عليه على التقدير ثم ان كان المقبوض باقيا ففي

جواز تملكه لزاد وجوب رده على المحيل وضمان ما اخذها انه جنس حقه وصاحبه زعم انه ملكه واعترافه
بانه ملك المحيل فانه المخير في جهة الاداء وان كان تالفا بتفريط ضمنه للمحيل وطالبه بحقه وقد تمكن
التقاص وان لم يكن بتفريط ففي ضمانه وضمان ما اخذها ثبوت كونه وكيلا فيبرأ باداء ثبت وانه لا
يلزم من تصديقه في نفي الحوالة تصديقه في اثبات الوكالة فيسقط عنه الضمان لان يمينه انما كانت
على نفي ما يدعيه وقد نبه في التذكرة على جميع ما ذكره ولعله اخذه منها بتغيير العبارة مع تفاوت
جزئي الخامس جميع ما ذكر اذا لم يات باللفظ على وجه لا يحتمل المجاز فان اتى به كذلك كما لو قال
احلتك بالمائة التي لك علي على المائة التي لي على زيد ثم اختلفا الاختلاف السابق فان القول
قول مدعي الحوالة لامتناع ارادة المجاز والفرد المرجوح وقد صرح بذلك في جامع المقاصد وكذا
في لك فالظاهر كما عن التذكرة **منهل** لو لم يتفق المحيل والمحتال اللذان جرى
بينهما العقد على جريان لفظ الحوالة بل قال المحيل المديون وكلتك في استيفاء دين و
قال المحتال لا بل احلتني بمالك على فلان فالقول قول المحيل المدعي للوكالة هنا كما صرح به
في المبسوط والغنية وعد والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد ولك ولهم وجوه منها
ظهور الاتفاق عليه ومنها تصريح المبسوط والغنية بنفي الخلاف في ذلك وربما يستفاد
مما عداهما من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى الخلاف ولا اشكال في المسئلة ومنها
ما تمسك به في الاولين قائلين لانهما اختلفا في لفظه وكان هو اعرف به من غيره ومنها
ما تمسك به في كره وجامع المقاصد ولك من ان الاصل استمرار حق القابض على المديون
واستمرار حق المديون على الثالث فالمحيل يدعي بقاء الاصل والاخر يدعي خلافه وكان
المقدم مدعي الوكالة وينبغي التنبيه على امور الاول لا فرق في ذلك بين صورتي قبض
المحتال للمال وعدمه كما هو مقتضى اطلاق الكتب المتقدمة عدا التحرير الثاني انما يقدم قول
المحيل هنا بيمينه لا مطلقا كما نبه عليه في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ولك الثالث انما الاختلاف
فيه وان الاطلاق فيما عداها تقديم قوله الثالث صرح في جامع المقاصد بفائدة هذا النزاع

فاذا

قائلا وتظهر فائدة هذا فيما اذا كان الثمن باقيا او اراد الابطال او اراد التاخير للدفع الى بلد الدين اذا كان
في غيره ولم يشترط الاداء في غيره وفي ذلك دفع ضرره ولم يرض المديون بما يندفع به ضرره سواء
كان بالقائم لا الرابع اذا حلف المديون المحيل على نفي الحوالة التي يدعيها المحتال انتفت ظاهرا
فان لم يكن المستحق وهو المحتال قد قبض الدين الذي وقع الاختلاف في الحوالة به والوكالة لم يكن له
قبضه من المحال عليه ظاهرا كما صرح به في المبسوط وعد وكره وجامع المقاصد ولك بان الحوالة
قد انتفت بيمين المحيل وصار المحتال معزولا عن الوكالة بانكاره وقد صرح بالاخير في المبسوط
وعد ايضا وهل للمحتال مطالبة المحيل بما كان له على المحيل اولا احتمالان احدهما ان له المطالبة
بذلك وقد ذهب اليه في القواعد والتذكرة وجامع المقاصد ولك واشار الى وجهه في جامع
المقاصد قائلا له مطالبة المديون بماله لئلا يضيع حقه لانه ان كانت الحوالة هي الواقع فقد انتفت صحة
عن المال المحال به وصار له ظاهرا بيمينه فطالبه بذلك وان كان الواقع الوكالة فظاهر بقاء حقه
عليه واشار الى ما ذكره في عد ولك ايضا وثانيهما انه ليس له المطالبة بذلك ولم اجد به قائلا
نعم صرح في عد وجامع المقاصد ولك بانه محتمل واشار الى وجهه في جامع المقاصد قائلا ويحتمل
عدم استحقاق المطالبة لان الحوالة تتضمن براءة ذمة المحيل فبدعواه اياها يعترف ببراءة
ذمة المحيل فكيف يطالبه واشار اليه في عد ولك ايضا واجاب عنه في جامع المقاصد قائلا
وبما بيناه اولا يعلم انه لم يبرأ مطلقا لانه ظالم له بتملك ما يستحقه بزعمه هذا الحكم في الظاهر
وفيما بينه وبين الله يعتمد ما يعلم انه الحق وفيه نظر والمسئلة محل اشكال فلا ينبغي فيها
ترك الاحتياط ولكن الاحتمال الاول هو الاقرب ولا فرق فيه بين صورتي تصديق المحال عليه
للمحتال او للمحيل كما هو مقتضى اطلاق عبارات القائلين به واذا ابرأ المحيل المحال عليه عما
يستحقه ظاهرا فالاقرب انه يجب على المحال عليه دفع المال الى المحتال اذا صدقه في دعواه وليس
للمحتال الرجوع على المحيل وصرح في كره بانه للمحيل على الاحتمال ان يطالب المحتال بما كان له عليه
وهو جيد وان كان المحتال قد قبض المال من المحال عليه قبل الدعوى وكان المقبوض باقيا

فعليه تسليمه للمحيل وله مطالبة المحيل بحقه كما صرح به في التذكرة وذلك مخصص بان المحتال ان كان وكيلا
فحقه باق على المديون وان كان محتالا فقد استرجع المحيل ماله منه ظلما فله الرجوع على المحيل ببدله
ولا وجه لتضييع حقه ويزداد في الثاني تأملا وهذا بخلاف ما لو لم يقبض حيث يتوجه احتمال عدم
مطالبة المديون لاعترافه ببراءة ذمته واما هنا فانه كان من الحوالة بزعمه الا ان ذمته اشتغلت بظلمه
ثانيا وصرح في كره بان المحال عليه تبرأ ذمته بدفع المال الى المحتال قبل الدعوى محتجا بان القابض
اما وكيل كما زعم المحيل المديون او محتال كما زعم القابض وعلى كلا التقديرين يبرأ المحال عليه بالدفع
الى المحتال وهو جيد وصرح ايضا بان هذا كله من حيث الظاهر واما بينه وبين الله تعالى فاذا لم
يصل الى المحتال حقه من المحيل فله امساك المأخوذ لانه ظفر بجنس حقه من مال المديون والمديون
ظالم له وهو جيد ايضا وان كان المقبوض تالفا فان كان تلفه بتفريط المحتال فعليه بدله للمحيل و
يرجع عليه بحقه كما صرح به في كره وان كان بغير تفريط فوجهان لاحتمال الاول احدهما عدم الضمان
ووجهه ما نبه عليه في كره من انه اما وكيل بزعم المحيل فلا يضمن المال اذا لم يفرط او محتال فهو
ماله والثاني ما اشار اليه في كره بقوله فان لم يكن بتفريط من القابض احتمل ان لا يضمن لانه وكيل بقول لرب
الوكيل امين وثانيهما الضمان ووجهه ما صرح به في كره وذلك من انه وان كان وكيلا ظاهرا الا انه
قبض المال لنفسه والوكيل يضمن بذلك لانه خيانة ولم يرجحا هنا شيئا من الاحتمالين فظاهرهما
التوقف وعندي ان الاحتمال الثاني في غاية القوة مع انه احوط وصرحا بانه على الاحتمال الاول
ليس للمحتال مطالبة المحيل بحقه وان كان المحيل بزعم بقائه لاعتراف المحتال باستيفاء حقه بزعمه
وهو جيد الخامس لو قال المحتال وكلتني وقال لا بل احلتك فالقول قول مدعي الوكالة كما صرح به
في التذكرة والقواعد والتحرير وجامع المقاصد وذلك ولهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما
يستفاد من الكتب لعدم اشارتها الى الخلاف ولا اشكال فيه بل قطع في الاخير به وثانيهما ما تمسك به
في الاول والاخيرين من ان الاصل عدم الحوالة وبقاء الحقين وانما يقبل قوله مع يمينه كما صرح به في
عدا الاخير من الكتب المتقدمة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه ولا فرق في ذلك بين صورتي قبض المحتال

المال

للمال من المحال عليه وعدمه كما هو ظاهر ما عدا التحرير من الكتب المتقدمة واما لو لم يقبض المحتال المال
فليس له قبضه كما صرح به في القواعد وجامع المقاصد وذلك محتجين بانفساخ الحوالة بانكاره ويمينه والوكالة
بانكار المحيل لان الانكار يتضمن العزل لو كان وكيلا وله مطالبة المحيل بحقه كما صرح به في التذكرة وهل
للمحيل الرجوع على المحال عليه فيه اشكال من اعترافه بتحول ما كان عليه الى المحتال ومن ان المحتال ان كان
وكيلا فاذا لم يقبض بقي حق المحيل وان كان محتالا فقد ظلم المحيل باخذ المال منه ظلما وما على المحال
عليه حق للمحيل عليه ان يأخذ عما ظلم به وقد ذكر الوجهين في التذكرة وذلك من غير ترجيح والاقرب
عندي صحة الرجوع عليه اذا صدق المحتال او شك فيه ويحتمل مط ولو صدق المحيل ولكنه ضعيف
وان كان قبض المال فقد برئت ذمة المحال عليه على التقديرين كما صرح في التذكرة وذلك ثم ان كان المقبوض
باقيا فهل يملكه له او يجب رده الى المحيل احتمالان احدهما انه يملكه ووجهه ما ذكره في التذكرة وعد
وجامع المقاصد وذلك من انه من جنس حقه وصاحبه يزعم انه ملكه وهل يملكه ظاهرا كالاول او لا فيه
اشكال وقد اشار الى الاحتمالين في جامع المقاصد قائلا واعلم ان شيخنا الشهيد في بعض حواشيه
جوز للقول بتملكه معنيين احدهما ارادة الملك القهري لان المديون بزعم ذلك وهو من جنس
الحق فهو في قوة التعيين بجهة مخصوصة من جهات القضاء فلا يحتاج الى امر آخر الثاني ارادة جواز
التملك فيتوقف حصول الملك على احداث من انا تضيع المديون بالتعيين كان يتولاه خذها في ملك
او ما طلبه يدفع عنه فيأخذه قصاصا وعندي الثاني جيد اذ المتبادر من كلام المصنف تملك من غير
توقف على شيء آخر فاما ان يحمل بزعم المديون بمنزلة التعيين لانه لم يكن اقوى فيملكه بالقبض على طريق
القهر او يحمل ادعاء الحوالة المتضمنة لبراءة ذمته حيث لا يستحق عليه المطالبة بعد ما طلب حيث انه اولى
من المطالبة اذ منكر الدين مطلقا مطل وزيادة فيسوغ له الاخذ مقاصة وعلى كل حال فالاقرب ما هو المختار
وكل من الامرين الاخيرين محتمل وثانيهما انه لا يملكه ووجهه ما صرح به في ذلك من اعترافه بانه ملك
المحيل وانه الخبير في جهة الاداء والاقرب عندي انه لا يملكه ظاهرا للاصل وفقد الدليل ولكن له ان
يملكه تقاصا اذا اجتمع فيه شرائطه مط وان كان المقبوض تالفا بتفريط منه ضمنه للمحيل وطالبه بحقه

وقد يمكن التقاص وقد صرح بجميع ما ذكر في التذكرة وغيرها وان لم يكن تفريط منه ففي ضمانه احتمالان لا
احدهما انه لا يضمن ووجهه ما صرح به في التذكرة وغيرها من كونه وكيلا وبيده امانة و
ثانيهما انه يضمن ووجهه ما صرح به في عدة من ان الاصل ضمان مال الغير ولا يلزم من تصديقه
في نفي الحوالة تصديقه في اثبات الوكالة ليسقط عنه الضمان وقد صرح في جامع المقاصد بضعف
وجه الاحتمال الاول وقوة وجه الاحتمال الثاني فانه لا بعد للاشارة اليها في عدة ولا يخفى ان في
توجيه الاحتمال الضعيف الان صغرى القياس المضمر يجب ان يكون هكذا القابض وكيل ومعلوم
ردها اذ الوكالة لم تثبت فيكون الاحتمال الثاني اقوى وهذه المسئلة مما يخرج على قاعدة
معروفة بين الفقهاء وهي ان اليمين لنفي شيء لا يكون لاثبات شيء آخر وان قيل لا حاجة الى
تخريجه على هذه القاعدة قلت بل يحتاج اذ يمكن ان يقال ان الحال دائر بين الحوالة
والوكالة فاذا بطل احدهما باليمين تعين الآخر لان اليمين حجة شرعية ومن صورها ما لو ادعى
الوكيل بالبيع وقبض الثمن وانكر الموكل القبض حلف الوكيل لا سيما انه لو خرج المبيع مستحقا
ورجع المشتري على الوكيل بالثمن لعدم ثبوت الوكالة لم يرجع الوكيل على الموكل لان اليمين
كانت لدفع الغرم لا لاثبات المال على الموكل فالقول الآن قول الموكل بيمينه وفي بعض
ما ذكره مناقشة والمسئلة محل اشكال ولكن الاحتمال الاول في غاية القوة تنبيه
يصح الحوالة بدين عليه على دين له على اثنين متكافلين اي قد ضمن كل منهما ما في ذمة صاحبه
دفعة واحدة او متلاحقين مع ارادة الثاني ضمان ما في ذمة الاول في الاصل لا مطلقا لئلا
يصير المال في ذمة الثاني فاذا كان له على اثنين الف درهم مثلا على كل واحد منهما
خمسمائة وضمن كل منهما صاحبه ما عليه من الخمسمائة دفعة واحدة او على وجه التلاحق بحيث
ينتقل ذمة كل منهما خمسمائة باعتبار الضمان وانتقال المضمون له الضامنين معا وكان عليه
لرجل الف درهم فاحاله به على ذينك الاثنين المديونين له المتكافلين على وجه الضمان صحت
هذه الحوالة ويرجع المحتال على كل منهما بخمسمائة وقد صرح بصحة هذه الحوالة في الشرائع والتحرير

ولو

ولف والعقد وغيرها وضمه وصرح فيهما بان وجه جواز الحوالة عليهما ظاهر لوجود المقتضي وانتفاء
المانع اذ ليس الا كونهما متكافلين وذلك لا يصلح مانعا ثم حكي عن الشيخ الخلاف في المسئلة
مع احتجاجه والجواب عنه قائلا ونبه المص بذلك على خلاف الشيخ حيث منع محتجا با
ستلزامها زيادة الارتفاق وهو ممتنع في الحوالة لوجوب موافقة الحق المحال به للمحال عليه
من غير زيادة ولا نقصان قدرا ووصفا وهذا التعليل انما يتوجه على مذهب من يجعل
الضمان ضم ذمة الى ذمة فيتخير في مطالبة كل منهما بمجموع الحق اما على مذهب اصحابنا من انه
ناقل للمال من ذمة المحيل الى ذمة المحال عليه فلا ارتفاق بل غايته انتقال ما كان على كل منهما
الى ذمة صاحبه فيبقى الامر كما كان ومع تسليمه لا يصلح للمانعية لان مطلق الارتفاق بها
غير مانع كما لو احاله على املى منه واحسن وفاء ونبه على ما ذكره في ذلك وكره ولف وصرح
في المبسوط بانه لو كان على رجلين الف ولرجل عليه الف فاحاله بها على الرجلين وقبل الحوالة
كان جائزا وهو جيد تنبيه اذا احال المشتري البائع بالثمن على اجنبي ثم رد
المبيع بالعيب السابق فهل تبطل الحوالة مطلقا او لا فيه احتمالان الاول انها تبطل وقد
ذهب اليه في الخلاف والمبسوط والغنية والشرائع والتلخيص والارشاد والجامع ومجمع الفائدة تبع
وقد احتج في الاول وغيره بان الحوالة تابعة للبيع فاذا بطل البيع بطلت لاستحالة وجود التابع عليه
من حيث هو تابع بدون المتبوع وقد اشار الى هذا الوجه في غاية المراد وجامع المقاصد ولك
ومجمع الفائدة وغيرها فاذا اشترى رجل من غيره عبدا بالف درهم ثم احال المشتري البائع
بالالف على رجل آخر للمشتري عليه الف درهم وقبل البائع الحوالة ثم وجد المشتري بالعبد
عيبا فرده وفسخ البيع بطلت الحوالة الثاني انها لا تبطل وحكاه في ط عن بعض الناس ولعله
اراد به بعض العامة ولم اجد قائلا به من اصحابنا نعم صرح في يع بعد تصحيحه بالقول الاول بالتردد
فيه وصرح في الارشاد بالاشكال فيه كما هو ظاهر التحرير واشار الى الاحتمالين المذكورين والاحتمال
الثالث الآتي من غير ترجيح لشيء منها في التذكرة وغاية المراد ولك وغيرها الثالث

ما نبه عليه في غاية المراد وذلك قائلين وربما بني الوجهان على ان الحوالة هل هي استيفاء ما على
المحيل نظرا الى عدم اشتراط القبض فيها ولو كان العقد من الاثمان والتحقق براءة ذمة
الاخر بمجردها ولانها لو كانت اعتياضا كانت بيع دين بمثله او اعتياض النقدان الى ان يلزم بقبض
نفس جعفر بل اخذ بدله عوضا عنه وهو معنى الاعتياض فعلى الاول تبطل لانها نوع ارفاق فاذا
بطل الاصل بطل هيئته الارفاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فاعطاها صحاحا ثم فسخ فانه
يرجع بالصحاح وعلى الثاني لا تبطل كما لو اعتاض البايع عن الثمن ثوبا ثم فسخ فانه يرجع با
لثمن لا بالثوب وقد صرح بالبناء الذي نقلناه العلامة في القواعد قائلا لو احال البايع ثم
رددنا السلعة بعيب سابق فان قلنا الحوالة استيفاء بطلت لانها نوع ارفاق فاذا
بطل الاصل بطلت هيئته الارفاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فاعطاها صحاحا ثم فسخ فانه
يرجع بالصحاح وان قلنا انها اعتياض لم تبطل كما لو استبدل عن الثمن ثوبا ثم رد بالعيب
فانه يرجع بالثمن لا الثوب والمسئلة في غاية الاشكال والاحتمال الثاني وان كان امتن
دليلا واصلا الا اني لم اجد به قائلا من اصحابنا فالمصير اليه مشكل فاذن الاحتمال الاول هو
الاقوى ولكن مراعاة الاحتياط مع الامكان اولى وينبغي التنبيه على امور الاول صرح
في المسالك بانه لا فرق في ذلك بين كون الرد بالعيب بعد قبض المبيع وقبله ولا بين ان يتفق الرد
بعد قبض المحتال مال الحوالة وقبله وهو ظاهر اطلاق اكثر الكتب المتقدمة وهو لا ريب فيه الثاني
الحق في خيار العيب هنا سائر الخيارات قائلا لا فرق في ذلك بين الفسخ بخيار العيب وغيره
من انواع الخيارات والاقالة والفسخ بالتحالف ونحوها مما لا يبطل البيع من اصله ولكن المصنف والجماعة
مثلوا بالعيب تبعا لمن فرض المسئلة وكذا لا فرق بين العيب السابق على البيع واللاحق على
وجه يجوز الفسخ كالعيب قبل القبض وفي انقضاء الثلاثة في الحيوان وهو جيد وقد صرح
بالاول في مجمع الفائدة ايضا الثالث ان قلنا ببطلان الحوالة هنا فانه لم يكن البايع المحتال قبض
المال عنه باق في ذمة المحال عليه للمشتري كما كان قبل الحوالة وقد صرح به في الشرايع والتذكرة وذلك

وليس البايع

وليس للبايع قبضه كما صرح به في التذكرة وعقد ذلك وصرح به في جامع المقاصد انه محتجا
بخروجه عن الاستحقاق لانتفاء الاستيفاء بعد سقوط الدين ولو خالف البايع وقبض
بعد ذلك لم يقع عنه كما صرح به في كره وصرح به في الثاني محتجا ببطلان حقه وهل يقع
عن المشتري فتبرأ ذمة المحال عليه او لا بل يجب دفعه اليه فيه احتمالان احدهما انه يقع عن
المشتري ووجهه ما اشار اليه في كره وعقد ذلك وجامع المقاصد من انه كان مأذونا في القبض
بجهة فاذا بطلت تلك الجهة بقي اصل الاذن نظرا الى ان العام اذا ارتفع منه الخاص فالاذن
الضمني لا يبطل ببطلان ما كان في ضمنه وثانيهما انه لا يقع عنه ايضا وقد ذهب اليه في التذكرة
وعقد وجامع المقاصد وذلك ووجهه ما نبه عليه في ذلك من ان الحوالة بطلت فيتبعها الاذن
في القبض لانه كان من لوازمها فيستحيل تخلفه عن ملزومه فالاذن الضمني يمتنع بقاؤه لا
يشاع بقاء المضمن بعد ارتفاع المطابقي والى ذلك اشار في التذكرة بقوله واصحهما المنع لان الحوالة
قد بطلت والوكالة عقد اخر يخالفها فاذا بطل عقد لم ينعكس عقدا اخر وكذا اشار اليه في عقد
وجامع المقاصد بقولها والاصح العدم لان الذي كان ضمنا لا يقوم بنفسه والوكالة عقد
يخالف الحوالة لا يقال كيف ينبغي الاذن في قبض المال المحال به بطرو بطلان الحوالة مع ان
الاذن في التصرف يبقى في الوكالة والشركة الفاسدتين كما لو وكله في التصرف ذاجا واسم
الشيء وشاركه على الاستواء في الربح واختصاص احدهما بالحيوان فيعتبر الاذن الضمني لانا
نقول لا نسلم ثبوت الاذن في التصرف في الوكالة والشركة الفاسدتين سلمنا ولكن الفرق بين
الحوالة وما ذكر واضح كما نبه عليه في القواعد وحققه في جامع المقاصد قائلا في مقام الجواب
عن الايراد المذكور والجواب لا اختلاف بينهما وبين الحوالة لان المحتال يقبض لنفسه بالاستحقاق
وقبض المحيل بالاذن مختلفان لان احدهما حوالة والاخر وكالة فبطلان احدهما لا يفيد حصول
الاخر قطعا اذ من المعلوم البين ان الحوالة لم تتضمن التوكيل كما ان البيع لم يتضمنه فاذا بطلت
الحوالة توقف ثبوت الوكالة على مقتضي الاذن له اما في الشركة والوكالة فانه يتصرف بالاذن

يحصل

حيث انهما استنابة في التصرف فاذا بطل خصوص الاذن لفساد العقد بقي عمومه هذا
كلامه والحق ان الذي يتحصل مما ذكره هو ان بقاء الاذن في التصرف في الوكالة والشركة
اذا فسدتا قريب من ثبوت الوكالة بفساد الحوالة لشدة البعد اما بقاء الاذن
الضمني فيهما بحيث يحكم بجواز التصرف بمجرد ادعاء بقاء عموم الاذن الضمني فيهما فليس
بظاهر وعندي ما صار اليه هؤلاء الجماعة من الاحتمال الثاني هو الاقرب لاصالة عدم
انتقال المال الذي قبضه البايع المحتال الى المشتري المحيل وعدم براءة ذمة المحال عليه
بمجرد ذلك وعموم قوله على اليد ما اخذت حتى تؤدي وعموم ما دل على عدم جواز
التصرف في ملك الغير بدون اذنه ويرجح عدم ثبوت بقاء الاذن بعد الفساد وعلى تقديره
لا نسلم اعتباره وصلاحيته لدفع ما يقتضيه الاصل وعدم ظهور قائل بالاحتمال الاول
وان كان البايع المحتال قد قبض المال ثم طرا الفسخ بعده فلا اشكال في براءة ذمة المحال
عليه كما صرح به في يع ومجمع الفائدة ويدل عليه الاصل فظهور الاتفاق عليه ويجب
على البايع المحتال ح دفعه الى المشتري المحيل لا الى المحال عليه فيتعين حق المشتري فيه
كما صرح به في يع والتذكرة وعد والارشاد وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة ووجهه
ما اشار اليه في جامع المقاصد من انه مال للمشتري وقد تعين بالقبض عن الدين الذي
كان عليه كونه لزوما لا منشأ وقوعه عن دينه فلا يزول ذلك بزوال الدين فيرد للمشتري
ويتعين حق المشتري في ذلك الذي قبضه البايع وبعضه مما ذكره ظهور الاتفاق عليه
وان احتمل في مجمع الفائدة خلاف ذلك قائلا ويمكن ابقاء ان لا يكون للمحيل استحقاق اخذه
من البايع لبطلان الحوالة فيكون الطلب للمحال عليه ولو خالف البايع المحتال فرده على المحال عليه
دون المشتري المحيل فللمشتري مطالبته فان كان موجودا اخذه وان كان تالفا الزم بدله
ان كان التلف بتفريط بل يصح في ذلك بلزوم البدل ولو لم يكن هناك تفريط وهو مقتضى
اطلاق كره وعد وجامع المقاصد واحتج عليه في لك بانه قبضه بدلا عن ماله الذي هو
فبزوم

الثمن فيكون مضمونا

الثمن فيكون مضمونا على البايع ان قلنا بصحة الحوالة هنا فان لم يكن البايع قد قبض المال ثم طرء الفسخ
فله قبضه كما صرح به في التذكرة وعد وجامع المقاصد ولك لانه ملكه بمعاوضة مستقلة كما صرح
به في الثاني وهل للمشتري الرجوع على البايع بمثل المال المحال به قبل قبضه او لا يرجع اليه الا
بعد القبض فيه احتمالان احدهما ان له الرجوع قبل القبض ووجهه ما نبه عليه في التذكرة وعد وجامع
المقاصد ولك من ان الحوالة كالقبض بدليل ان البايع اذا احيل بالثمن وقبل لم يكن له حبس السلعة
والحبس ولولا انها كالقبض لم يكن له ذلك فانه يجوز له الحبس الى ان يقبض وقد صرح في جامع
المقاصد بنفي الخلاف فيه وقد اختاره فيه وفي لك هذا الاحتمال وثانيهما انه لا يرجع عليه الا بعد
القبض ووجهه ما اشار اليه الكتب المذكوره من ان اخذ العوض من البايع انما هو عن المقبوض
والى الان لم يحصل القبض حقيقة وان حصل ما يقوم مقامه واورد عليه في جامع المقاصد اولا
بعد الاشارة اليه وليس بشيء لان البايع حيث ملك المحال به بالحوالة التي هي بيع خرج ذلك
عن كونه ملكا للمشتري فلا بد ان يثبت عوضه في ذمة البايع حيث حصل الفسخ وثبت التراد
في العوضين ولا اثر للقبض وعدمه في ذلك ولا يخفى ان الغرم ليس للمقبوض بل لما ثبت في ذمة
البايع بدلا عن الدين الذي كان ملكا للمشتري ومن هنا يعلم ان توجيه الشق الاول من شقي
الاشكال بكون الحوالة كالقبض في كلام المص ضعيف والصحيح ما قلناه فالاصح ان له الرجوع في هذه الحالة
او قلنا ان الحوالة اعتياض وما صار اليه في غاية القوة وان منعنا يرجع المشتري على البايع حيث حصل الفسخ
ولم يكن قبض الى ان يقبض فهل للمشتري مطالبة البايع بتحصيل الحوالة اي بقبض المال المحال به ليرجع عليه
اولا صار الى الاول في كره واستشكل في ذلك في عد من غير ترجيح واشار الى وجهه في جامع المقاصد
قائلا ينشأ من انه ليس للانسان ان يجبر على قبض حقه والحوالة حق للبايع ولان وجوب التغريم متوقف
على الدفع واستحقاق المطالبة متوقف على وجوب التغريم فلو توقف وجوب الدفع على استحقاق المطالبة
لزم الدور ومن انه لولا ذلك لامكن معاندة البايع اباه بتاخير قبض حقه فيؤدي الى ضياع مال
وهو ضرر منفي لقوله لا ضرر ولا ضرار ولا يخفى ضعف هذا الاشكال فان للمشتري الرجوع

وان لم يقبض البايع كما قدمنا لكن تفريعا على الوجه الاخر الثاني من شقي الاشكال ضعيف لان ايجاب
قبض مال الانسان عليه ليترتب عليه حق لغيره ولم يكن قبل ذلك ضرر والضرر لا يزال بالضرر
فالظاهر المصير الى الاحتمال الثاني وهو الاجود وان كان البايع المحتال قد قبض المال المحال به ثم طرء
الفسخ بعده برئ المحال عليه كما صرح به في التذكرة وغيرها ويرجع المشتري على البايع ولم يكن للمشتري
مطالبة المحال عليه بشيء كما صرح به في التذكرة وغيرها وكذلك جامع المقاصد وقد احتج عليه فيه بانه قد
صار ملكا له بالحوالة التي هي بيع خاصة كما لو باع ما في ذمته بعوض ثم طرء البطلان على المعاوضة
الجارية على ذلك وقد قبض الدين المبيع فانه يرجع على البايع لا على المديون وصرح في الكتب
المذكوره بانه لا يتعين حق المشتري فيما اخذه البايع من المحال عليه بل للبايع ان يدفع اليه
عوض ذلك وهو جيد واحتج عليه في جامع المقاصد بانه مملوك للبايع بعقد معاوضة
لا استقلال فيجب مثله لا عينه منها لو احال البايع رجلا اخر بدين له على المشتري
بثمن المبيع وبعد اشتغال المحال له فسخ المشتري بالعيب فلا تبطل الحوالة كما صرح به في
المبسوط والغنية والشرايع وغيرها والارشاد والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد ولك و
مجمع الفائده ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها ان المبسوط قد اشار الى دعوى
الاجماع عليه قائلا ان احاله رجلا له عليه حق على المشتري بمقدار الثمن وصفته وقبل ذلك الرجل
الحوالة ثم ان المشتري رد المبيع بالعيب لم تبطل الحوالة بلا خلاف ولذا صرح في ذلك كما عن
الايضاح بان الشيخ هنا نقل الاجماع على عدم البطلان وفي التحرير بانه ذكر الشيخ انه وفاق ويعضد
ما ذكر عدم نقل الخلاف في ذلك في الغنية وسائر كتب الجماعة ومنها اصالة بقاء العقد و
منها عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وعموم قوله ص المؤمنون عند شروطهم ومنها ما تمسك به
ط والغنية قائلين لانه تعلق به حق لغير المتعاقدين واشار اليه في يع وغيره كرة والتحرير بقولهما
لانها تعلقت بغير المتعاقدين وكذا اشار اليه في جامع المقاصد قائلا لتعلق الحوالة بغير المتعاقدين
حيث ان الثمن صار مملوكا للمحتال الاجنبي عوضا عن دينه الذي على البايع فلا يبطل حقه بطرو

الفسخ

الفسخ كما لو باع الثمن البايع لشخص اخر بخلاف ما سبق فان الحوالة انما كانت طريقا لاستيفاء
البايع الثمن فلم يتعلق به حق ثالث واشار الى ذلك في لك وغيره ايضا ومنها ما نبه
عليه في مجمع الفائدة قائلا والوجه عدم بطلان حوالة البايع الاجنبي على المشتري بثمن مبيعه
مع فسخ المشتري البيع بالعيب لانه لا يشترط شغل ذمة المحال عليه فلو تقدير بطلان
البيع لا يضر ويكون هو بريء الذمة ويصير من صور الحوالة على البريء من حين البطلان مع ضمها
الى حين بطلان البيع فلا يحتاج الى بقاء شغل الذمة نعم قد يقال انما احال هنا
باعتقاد شغل ذمة المحال عليه فكانه شرط هنا وان لم يكن شرطا في الاصل ويجيء فيه
الاشكال المتقدم كما يجيء على تقدير القول بالاشتراط وهو ظاهر ولعل الفرق
انها في الاولى متعلقة بالمتبايعين وفي الثانية بالبايع والاجنبي فانهما المتعاقدان
ويفهم ذلك من الشرايع وينبغي التنبيه على امور الاول احتمل في جامع المقاصد
ولك بطلان الحوالة هنا وكان ضعيفا قائلين ويحتمل ضعيفا البطلان هنا لان استحقاق
المحتال فرع استحقاق المحيل وقد بطل استحقاق المحيل فيبطل استحقاق المحتال
وضعفه ظاهر لانه فرع وقت الحوالة لا مطلقا لافادتها الملك حين وقعت بغير معارض
الثاني لا فرق في صحة الحوالة هنا بين صورتي قبض المحتال وعدمه كما نص عليه في القواعد
وجامع المقاصد ولك وهو ظاهر اطلاق غيرها من الكتب المتقدمة الا التحرير فانه اشار
الى الفرق بين الصورتين قائلا لو احال البايع على المشتري اجنبيا بالثمن ثم رده بالعيب احتمل
بطلان الحوالة ان كان الرد قبل القبض لسقوط الثمن فيعود على البايع بدينه ويبرئ المشتري
بينهما وان كان بعد القبض برئ المشتري والبايع ويرجع المشتري على البايع بما دفعه اليه
الاجنبي واحتمل الصحة وذكر الشيخ انه وفاق بخلاف الاولى لتعلق الحوالة هنا بغير المتعاقدين
وما ذكره ضعيف وقد احتج في جامع المقاصد على التعميم بانتقال الملك بدون القبض
الثالث لحق بالعيب هنا غيره من اسباب الخيار كما صرح به في فع واشار اليه في عد

والتلخيص والإرشاد والقواعد في الشرط وفي الغنية وذكره في التحرير على العيب ولعله على وجه التمثيل ولذا
لم يتعرض لحال الخلاف هنا **منهل** لو ثبت بطلان البيع من أصله في صورة حوالة المشتري
البائع على ثالث وفي صورة حوالة على المشتري فالحوالة باطلة كما صرح في الشرائع وعد
والتحرير والإرشاد وذكره والتلخيص وجامع المقاصد والك ومجمع الفائدة ولهم وجوه
منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكورة لعدم إشارتها إلى الخلاف فلا
إشكال في ذلك ومنها ما نبه عليه في الك من أن صحة الحوالة فرع ثبوت الثمن للبائع على
التقديرين فإذا تبين بطلان البيع من أصله ظهر عدم استحقاق البائع الثمن في نفس الأمر
في ذمة المشتري وفي الحقيقة الحوالة وقعت في نفسها باطلة لا أنها بطلت بظهور بطلان
البيع وإنما كشف ظهور بطلانه عن بطلانها من رأس وأشار إلى ما ذكره في جامع المقاصد
أيضا ومنها ما نبه عليه في مجمع الفائدة قائلا ووجه بطلان الحوالة على تقدير بطلان البيع
من رأس في الأول ظاهر وفي الثاني أيضا وإن لم يكن الشغل شرطا لأنه إنما أحال على الثمن
الذي في ذمته باعتقاد ذلك حين عقد الحوالة ولا شغل فوقع الحوالة على مال باعتقاد
استحقاقه مع عدمه بخلاف الصورة ظهر بأن الفسخ على البيع والحوالة فإن الشغل ثابت حين
العقد وذلك كاف والعلم لا أنه شرط وهذا هو الفرق بين الصورتين فتأمل
منهل صرح في التذكرة والقواعد وجامع المقاصد بأنه يرجع المشتري على من شاء
من المحتال والبائع وأشار إلى وجهه في جامع المقاصد قائلا لأن كل واحد منهما متصرف
في ماله بغير حق أما المحتال فظاهر حيث وضع يده على المال وأما البائع فلأنه وفاه
المحتال عما في ذمته فقبضه منسوب إليه بالأقوى ولهذا يمتنع منه حبس المبيع بعد الحوالة
بالثمن وفيما ذكراه نظر ولعل الأحوط الاقتصار على المحتال

القول في الكفالة **مقدمة** اختلفت العبارات في تعريف الكفالة ففي
الوسيلة الكفالة التكفل بنفس إنسان لمن له عليه حق وفي المراسم الكفالة على ضربين كفالة اقتضاها

القول في الكفالة

عقد

عقد وكفالة قهرا فأما الذي بالعقد فأن يكفل الرجل بوجه إلى أجل معلوم وفي النافع والمعتبر هي التعهد
بالنفس وفي الإرشاد هي التعهد بالنفس من أحق وفي التحرير وجواهر الكلام للصيمري هي التعهد بالنفس
قالا ومعناها التزام إحضاره وفي القواعد والتذكرة الكفالة عقد شرع للتعهد بالنفس وأورد عليه
في جامع المقاصد بأنه يشمل التكفل بالأعيان المضمونة ولا بيننا ولها هذا التعريف **منهل**
لا إشكال في مشروعية الكفالة وصحتها وقد نبه عليها في الغنية والوسيلة والنافع والشرائع والتذكرة
واللمعة والتبصرة والتحرير والإرشاد وعد والمعتبر والجامع وجامع المقاصد والك وضه ومجمع الفائدة
وجواهر الكلام والكفاية والرياض وغيرها ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها أنه
صرح في التذكرة بدعوى الإجماع عليه قائلا وهو عقد صحيح عندنا من أهل العلم وبه قال الثوري
ومالك والليث وأبو حنيفة وأحمد والشافعي ولا نعرف فيه مخالفا إلا ما نقل عن الشافعي من قوله
في كتاب الدعاوي أن الكفالة بالبدن ضعيفة وقال في اختلاف العراقيين وفي الإقرار وفي المواهب
واللعان أن الكفالة بالبدن جائزة واختلف أصحابه فقال بعضهم إن الكفالة ضعيفة في القياس
إن كانت ثابتة بالإجماع والأثر ومنهم من قال إن فيها قولين أحدهما أنها صحيحة وهو قول عامة
العلماء والثاني أنها غير صحيحة لأنها كفالة بعين فلم يصح كالكفالة بالزوجة وبدن الشاهدين
ويعضد ما ذكره أولا تصريح الغنية بأنه لا خلاف في صحتها وثانيا تصريح الرياض بدعوى الإجماع على
صحتها ومنها ما تمسك به في التذكرة قائلا ولإطباق الناس عليه في جميع الأعصار في كل الأصقاع
ولو لم تكن صحيحة امتنع إطباق الخلق الكثير عليه ومنها ما تمسك به في التذكرة أيضا قائلا ولأن الحاجة
تدعو إليه وتشتد الضرورة إليه فلو لم يكن سائغا لزم الحرج والضرر ومنها ما تمسك به في التذكرة أيضا
قائلا ولأن ما وجب تسليمه بعقد وجب تسليمه بعقد الكفالة كالمال ووجوب تسليم البدن يكون
بعقد النكاح والإجارة ومنها ما تمسك به في التذكرة أيضا من قوله تعالى لن أرسله معكم حتى تؤتون
موثقا من الله لتأتنني به إلا أن يحاط بكم فطلب يعقوب ع من بنيه كفيلا ببدن يوسف ع وقالوا
ليوسف ع إن له أبا شيخا كبيرا فخذ أحدنا مكانه وقد تمسك في الرياض على بالآية الأخيرة أيضا

ومنها ما تمسك به في كره ايضا من النبوي العامي الزعيم غارم ومنها ما تمسك به في كره ايضا من
قول مولينا الباقر ع ان عليا عليه السلم اتي برجل كفل برجل بعينه فاخذ الكفيل فقال احبسوه حتى
ياتي بصاحبه وقد صرح في الرياض بدلالة السنة على صحة الكفالة وهل هي مكروه ام لا الاصح الاول
في الرياض محتجا بالنصوص المستفيضة احدها خبر حفص بن البختري الذي وصفه بعض الاجلة بالصحة
قال ابطات عن الحج فقال لي ابو عبد الله ع ما ابطاك عن الحج فقلت جعلت فداك تكفلت برجل
فخفر بي فقال ما لك والكفالات اما علمت انها اهلكت القرون الاولى ثم قال ان قوما اذنبوا ذنوبا
كثيرة فاشفقوا منها وخافوا خوفا شديدا فجاء آخرون فقالوا ذنوبكم علينا فانزل الله عز وجل عليهم
العذاب ثم قال تبارك وتعالى خافوني واجترأتم علي والحقر نقض العهد اما علمت ان الكفالة هي التي
اهلكت القرون الاولى وثانيها الخبر المروي عن العقبة قال قال الصادق ع الكفالة خسارة غرامة
ندامة وثالثها خبر اسمعيل بن جابر عن ابي عبد الله ع قال لا تتعرضوا للحقوق فاذا لزمتكم فاصبروا
لها ورابعها خبر داود الرقي عن ابي عبد الله ع قال مكتوب في التورية كفالة ندامة وقد ناقش
في دلالتها على الكراهة بالمعنى لاحتمالها الارشاد بل قد يدعى انه ظاهرها ومع هذا فلم اجد احدا
من محققي الاصحاب صرح بكراهتها مع انها قد تتضمن تفريج كربة مؤمن وادخال السرور في قلبه
وقضاء حاجته واعانته على البر والتقوى وكل ذلك مطلوب شرعا فاحتمال عدم الكراهة في غاية القوة
ولكن الاولى الترك من غير ضرورة عملا بقاعدة التسامح في ادلة الكراهة **منهل**
يشترط في صحة الكفالة رضاء الكفيل وهو الكافل ورضاء المكفول له وهو صاحب الحق ولو بالدعوى
اما كون رضاء الاول شرطا فقد صرح به في النافع والشرايع وعد والتبصرة وكره والارشاد والتحرير
وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض ولهم وجوه منها الاصل ومنها ظهور
الاتفاق عليه ومنها انه صرح في مجمع الفائدة والرياض بعدم الخلاف فيه من احد وبعضهم في كره
ولا نعلم فيه خلافا ومنها ما تمسك به في التذكرة وجامع المقاصد ولك والرياض من ان الانسان لا يجب
ان يلتزم الحق ابتداء الا برضاه فلا يصح كفالة المكره كما صرح به في كره واما كون رضاء الثاني شرطا

فقد صرح

فقد صرح به في الوسيلة وجميع الكتب المتقدمة ولهم وجوه منها الاصل ومنها ظهور الاتفاق عليه
ومنها تصريح مجمع الفائدة بدعوى الاجماع عليه وبعضهم تصريح الرياض بنفي الخلاف فيه وظهوره
وحكايته دعوى الاجماع عليه من التذكرة ومنها ما تمسك به في كره ولك ومجمع الفائدة والرياض من
انه صاحب الحق فلا يجوز الزامه بغير رضاه وهل يشترط في الصحة رضاء المكفول وهو من عليه الحق
او المدعى عليه اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه لا يشترط رضاه فتصح ولو لم يرض
بالكفالة وكان مكرها لها وهو للنافع ويع وعد والتبصرة والتحرير وكره وجامع المقاصد وضه ولك
ومجمع الفائدة والرياض ويستفاد من الارشاد انه وصرح في لك ومجمع الفائدة والكفاية وغيرها بانه
المشهور بين علمائنا وصرح في الرياض بانه الاشهر فالاول لعله عليه عامة من تأخر الثاني انه يشترط
ذلك وهو للوسيلة وقواه في التحرير ثانيا وفي المبسوط يعتبر رضاه واختاره ابن ادريس وفيه قوة
وحكاه في الرياض عن القاضي ايضا للاولين وجوه منها قول العلامة في التذكرة واما المكفول به فلا
يعتبر رضاه بل يصح الكفالة وان كره المكفول به عند علمائنا وبعضهم او لا دعوى الشهرة عليه كما تقدم
اليها الاشارة وثانيها ان المختلف لم ينقل هنا خلافا ولم يتعرض لاصل المسئلة ومنها ما تمسك به في الرياض
من عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود لان الكفالة من جملة العقود وبعضهم فعلم المؤمنون عند شروطهم
ومنها ما تمسك به في ضه ولك والرياض وغيرها من وجوب الحضور على المكفول متى طلبه صاحب
الحق ولو بالدعوى بنفسه او وكيله والكفيل بمنزلة الوكيل حيث يامره باحضاره وغاية الكفالة
هو حضور المكفول ومنها ما تمسك به في كره قائلا لانها وثيقة على الحق فصحت بغير اذن من عليه
كالضمان وللاخرين وجهان احدهما الاصل وقد يجاب عنه بما تقدم اليه الاشارة من ادلة الاولين
وثانيهما ما اشار اليه في التذكرة وجامع المقاصد ولك والرياض من انه اذا لم ياذن المكفول في الكفالة
ولم يرض بها لم يلزمه الحضور مع الكفيل فلم يتمكن من احضاره فلا يصح كفالته بغير المقدور عليه
وهذا بخلاف الضمان لامكان وفاء دينه من مال غيره بغير اذنه ولا يمكن ان ينوب عنه في الحضور
وقد يناقش فيه اولا بالمنع من توقف وجوب الحضور مع الكفيل على رضاء المكفول بالكفالة لان

المستحق متى طلبه وجب عليه الحضور وان لم يكن مكفولا وقد صرح بدعوى الاجماع عليه في المسالك قائلا
في دفع الوجه المذكور وهو ضعيف لان مداره على عدم وجوب الحضور معه بدون رضاه وهو
ممنوع لان المستحق متى طلبه وجب الحضور وان لم يكن مكفولا اجماعا وفائدة الكفالة راجعة الى الزام
الكفيل بالاحضار حيث يطلبه المكفول له فان طلبه منه لم يقصر عن وكيله وان لم يطلبه منه لا يجب
عليه الحضور معه وان كان برضاه وقد صرح بعض الاجلة بدعوى نفي الخلاف فيما ادعى عليه الاجماع
في المسالك واشار اليه ما ذكره فيه من الجواب في التذكرة وجامع المقاصد وغيرهما وتأملنا بان وجوب
الحضور لا يستلزم تحققه في الخارج لامكان تركه عصيانا او لعذر مسوغ له فما هو الجواب فهو
الجواب على تقدير عدم وجوب الحضور فتأمل فاذن المعتمد هو القول الاول ولكن لا ينبغي
ترك الاحتياط وينبغي التنبيه على امور الاول صرح في المسالك والرياض بانه على القول باعتبار رضاء
المكفول ليس على حد رضاء الاخرين لان رضاهما لا بد من اقترانه بالايجاب والقبول الصادرين
على وجههما اما المكفول فيكفي رضاه بذلك كيف اتفق مقدما او متاخرا او مقارنا كما في رضاء
المضمون وقد صرح في الوسيلة وكره وجامع المقاصد وضه بتوقف الكفالة على الايجاب والقبول
وصرح في الثاني والثالث بان الايجاب يتحقق بقوله كفلت لك بدن فلان وقوله انا كفيل باحضاره
او كفيل به او بنفسه وصرح في جامع المقاصد بانه يشترط القبول فورا وبانه يشترط في الايجاب والقبول
كونهما بالعربية وصرح في ضه بانه يعتبر فيه ما يعتبر في العقد اللازم والاجود ما صرح به
في مجمع الفائدة والحدائق من اشتراط الصيغة والمقارنة كما تقدم في الضمان والحوالة الثاني صرح في كره
بانه لو تكفل بغير رضاء المكفول وقلنا بعدم اشتراط رضاه فطالبه المكفول له باحضار المكفول وجب
عليه احضار المكفول لا من جهة الكفالة محتجا بان المكفول له امره باحضاره فهو بمنزلة وكيله في مطالبته
بحضوره وهو جيد الثالث صرح في التذكرة بوجوب الحضور على المكفول اذا قال المكفول له للكفيل
اخرج الى من كفالتك او اخرج من حقي فانه لو لم يقل المكفول له احضره ولكن قال اخرج الى من كفالتك
او اخرج من حقي فهل يجب على المكفول به الحضور الاقرب ذلك لان ذلك يتضمن الاذن له في احضاره

والوجه الثاني

والوجه الثاني انه انما يعتبر لا يلزمه لانه طالب بما عليه من الاحضار فعلى هذا له حبسه ولا يلزم المكفول
به الحضور وهو باطل لانه يجب عليه ما لا يقدر عليه والاقرب عندي ما اختاره في كره الرابع
صرح في التذكرة بانه اذا كفل باذن المكفول به فطالب الكفيل احضاره بطلب المكفول له او ابتداء
لزمه الخروج عن العهدة فعليه الاجابة ومؤنة الاحضار على الكفيل وان تكفل بغير اذنه فطالبه المكفول له
بالاحضار فللكفيل مطالبته بالحضور على جهة التوكيل عن المكفول له **منهل** تصح الكفالة
مؤجلة وحالة ومع الاطلاق وعدم ذكر القيدين تكون معجلة وحالة وكذا تكون حالة اذا اشترط
الحلول والتعجيل واذا اشترط الاجل فلا بد ان يكون معلوما لا يحتمل الزيادة والنقصان فلا يصح
ان يجعل الاجل مثل قدوم الحاج ومجيء القوافل والحصاد والجذاذ اما صحتها مؤجلة فقد صرح
بها في المقنعة والمراسم والوسيلة وفع ويع والارشاد وعد والتحرير وكره والجامع واللمعة وجامع
المقاصد وضه والمسالك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما صرح به في مجمع الفائدة
وصرح في الرياض بانه موضع وفاق واما صحتها حالة فقد صرح بها في يع والارشاد وعد والتحرير
ولف وكره والجامع واللمعة وجامع المقاصد وضه والمسالك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض وحكاه
جماعة عن الشيخ في كتبه وانه ادعى ... ابن البراج وصرح بدعوى الشهرة عليه في مجمع الفائدة والكفاية وصرح
في كره بانه مذهب اكثر علمائنا وفي الرياض بانه الاشهر بل عليه عامة من تاخر وذهب في المقنعة الى
انها لا تقع الا مؤجلة فلا تصح حالة وهو ظاهر المراسم والوسيلة وانما حكي عنهما هذا القول
ولف والتنقيح والمهذب البارع نعم صرح في الاول والاخير بانه ظاهر سلار وصرح الثلثة بانه
صار اليه الشيخ والقاضي في احد قوليه وهذا القول ضعيف بل المعتمد هو القول الاول
الذي عليه المعظم ولهم وجوه منها ظهور اتفاق المتاخرين عليه كما نبه عليه في الرياض ومنها
ما تمسك به في كره ولف والتنقيح والمهذب البارع ومجمع الفائدة والرياض من الاصل وفيه نظر
فالاول والثالث والاخير باصالة الجواز وعدم الاشتراط وفي الثاني باصالة الجواز ومنها
ما تمسك به في جامع المقاصد والمسالك وضه من ان الحضور حق شرعي فلا ينافيه الحلول وهذه

ما تمسك به في مجمع الفائدة من عموم دليل صحة الكفالة ومنها م م

الوجوه سليمة عن المعارض لم يبعد القول لنا ان حجر كما نبه عليه في الرياض قائلا وحجتهم عليه غير واضحة
ولا بد كونه في كتابنا عنه عدا القياس بالضمان وضعفه اوضح من ان يحتاج الى البيان واما
انها مع الاطلاق تكون معجلة فقد صرح به في الشرائع والارشاد وعد والتحرير والتذكرة
ومجمع الفائدة وقد اشار الى وجهه فيه قائلا وجهه انه ينصرف الى انه كفيل الآن لانه مقتضى الكلام
عرفا فهو المتبادر عند الاطلاق ولعله لا نزاع فيه كما في سائر العقود واما انها تكون معجلة مع اشتراط
التعجيل فقد صرح به في كره ووجهه واضح جدا واما لزوم معلومية الاجل عند اشتراط التأجيل
فقد صرح به في المراسم والوسيلة والشرائع والنافع والارشاد والتحرير والتذكرة ما المنقول عن
الجامع واللمعة وضه ولك ومجمع الفائدة بانه المجمع عليه بين اصحابنا وتصريح لك بانه موضع
وفاق وتصريح الكفاية بانه مذهب الاصحاب وتصريح الرياض بانه لا خلاف فيه بيننا ومنها
ما تمسك به في التذكرة ولك ومجمع الفائدة والرياض من ان الاجل المجهول يوجب الغرر اذ ليس له
وقت يستحق مطالبته به كغيره من الآجال والغرر منهي عنه في الشريعة واما عدم الصحة اذا جعل الاجل
مثل ادراك الغلات ومجيء القوافل فقد صرح به في مجمع الفائدة واما عدم الصحة اذا جعل الاجل
الحصاد والجذاذ فقد صرح به في التذكرة وان شرط الاجل المجهول للمجهول فهل يفسد الكفالة او لا
بل يختص الفساد بالشرط صرح بالاول في التذكرة والجامع وهو ظاهر المقنعة بل ربما يستفاد من
الاول دعوى الاتفاق عليه لانه صرح بانه اذا ذكر اجلا وجب تعيينه فان ابهم كان العقد باطلا
عندنا ويتفرع على ما ذكرناه سابقا ان للمكفول له مطالبة الكفيل بالمكفول عاجلا ان كانت الكفالة
مطلقة او معجلة او بعد الاجل ان كانت مؤجلة كما صرح به في الشرائع وعد وصرح بالاول في التحرير ايضا
منهل اذا دفع الكافل الغريم وهو المكفول الى المكفول له وسلمه اليه تسليما تاما معتبرا
شرعا فقد برئ وخرج عن العهدة وان امتنع الكفيل من تسليم المكفول الى المكفول له مع قدرته
على التسليم التام الزمه الحاكم به وان ابى منه بعد الالزام جاز للحاكم حبسه حتى يحضر الغريم او يؤدي
ما عليه ان امكن اداؤه عنه كالدين ونحوه من المكفول له اما الخروج عن العهدة في صورة التسليم التام

فقد صرح

فقد صرح به في النافع والشرائع والارشاد وعد والتحرير والتذكرة واللمعة وضه ولك ومجمع الفائدة
وجواهر الكلمات والرياض وهو ظاهر جامع المقاصد بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه وقد صرح بدعوى
الاتفاق عليه في الرياض وربما يستفاد من سائر الكتب المتقدمة لعدم اشارتها الى خلاف ولا اشكال
في المسألة ويدل على ذلك مضافا الى ما ذكر ان امتثال الامر وهو هنا قوله تعالى اوفوا بالعقود يقتضي
الاجزاء والخروج عن عهدة التكليف واما ان الزام الحاكم للممتنع من التسليم به فقد صرح به في ضه ولك
والكفاية والرياض وقد صرح فيه بنفي الخلاف عنه ويدل عليه مضافا الى ما ذكر ما دل على وجوب النهي
عن المنكر من الادلة الاربعة واما انه يجوز للحاكم حبسه اذا ابى من التسليم بعد الالزام الى ان
يحضر الغريم او يؤدي ما عليه فقد صرح به في المقنعة والنافع ويع والارشاد والتحرير والقواعد
واللمعة وضه ولك والكفاية وجواهر الكلمات والرياض ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه
وقد صرح في الرياض بنفي الخلاف فيه ومنها خبر عمار الذي وصفه بعض الاجلة بالموثقية
عن ابي عبد الله عليه السلام قال اتي امير المؤمنين عليه السلام برجل تكفل بنفس رجل فحبسه وقال
اطلب صاحبك ونحوه رواية اخرى على ما صرح به بعض الاجلة ومنها خبر اسحق بن عمار عن جعفر
عن ابيه عليهما السلام ان عليا عليه السلام اتي برجل كفل برجل بعينه فاخذ المكفول فقال احبسوه حتى
يأتي بصاحبه ومنها خبر سعد بن طريف عن الاصبغ بن نباتة قال قضى امير المؤمنين عليه السلام
في رجل كفل بنفس رجل ان يحبس وقال له اطلب صاحبك وقضى عليه السلام انه لا كفالة في حد
ومنها الرضوي المنقول عن البحار وروي اذا كفل الرجل الرجل حبس الى ان يأتي بصاحبه ومنها
انه متى منع من اداء الحق يجب حبسه كما في كل ممتنع من اداء الحق مع قدرته عليه وقد نبه على هذا في
لك وضه والكفاية والرياض وينبغي التنبيه على امور الاول المراد بالتسليم التام ان يكون في
الوقت والمكان المعينين ان عينا في العقد او في بلد العقد مع الاطلاق او بعد الاجل ان كانت
مؤجلة وان كانت حالة فمتى شاء وان لا يكون له مانع من تسلمه بان لا يكون في يد ظالم ولا متغلب
يمنعه ولا في حبس ولا في موضع لا يتمكن من وضع يده لقوة المكفول وضعف المكفول له
ونحو ذلك وقد صرح بالتقييد المذكور في لك وضه ومجمع الفائدة والكفاية والرياض ونبه عليه

فى عقد وغيره الثانى هل يجب على المكفول له تسلم المكفول بعد تسليم الكفيل اياه للمكفول له تسليما
تاما الظاهر القول اولا به وذمة الكفيل من الكفالة ولاصح بالاول فى التذكرة وهو المعتمد واذا
امتنع من الامرين الا امر وسوغ له فعل تبراء ذمة الكفيل ويخرج من العهدة بمجرد دفعه المكفول
الى المكفول له اولا بل يجب على الكفيل حينئذ دفع المكفول الى الحاكم وتسليمه اليه لتبرأ ذمته ويخرج
عن العهدة فيه قولان احدهما انه يجب عليه الدفع الى الحاكم وهو للروضة وربما يظهر من بعض عبارات
التذكرة وللك وحكاه فى الكفاية عن بعض وله انا لبراءة ليقينية من الاشتغال الثابت يقينا
لا تحصل الا بالدفع الى الحاكم وفيه نظر وثانيهما انه لا يجب عليه ذلك وهو صريح موضع من التذكرة
وللك وقد صار اليه فى جامع المقاصد ومجمع الفائدة والكفاية والرياض وربما يستفاد من الشرايع
ونع والارشاد وعد والتبصرة والتحرير وللحكم ما تمسك به فى التذكرة وجامع المقاصد وللك
قائلين لا يجب دفعه الى الحاكم لان مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه الى من ينوب عنه من حاكم
وغيره والمسئلة عندى لا تخلو من اشكال فينبغى مراعات القول الاول لكونه احوط كما صرح به
فى الرياض ولكن القول الثانى هو الاقرب وعليه وعلى القول الاول اذا لم يتمكن من الحاكم فهل
يجب اشهاد عدلين على الدفع الى المكفول له وامتناعه من القبض او لا الاظهر الاول من التذكرة و
جامع المقاصد وللك وضه وصرح بالثانى فى الكفاية ومجمع الفائدة والرياض وربما يظهر من نع
ونع والارشاد وعد والتبصرة والتحرير وهو الاقرب وان كان القول الاول احوط دينا ودنيا و
قد نبه عليه فى مجمع الفائدة والرياض قائلا لا دليل على وجوب الاشهاد مطلقا حتى فى عدم امكان الحاكم
ولعل اعتباره فى كلام شيخنا الشهيد الثانى للارشاد للاثبات لا لتوقف البراءة عليه الثالث
صرح فى للك وضه والكفاية والرياض بانه كما يجوز للحاكم فى صورة الامتناع من التسليم التام مع القدرة
عليه حبسه كذا له ان يعاقبه قائلين فان له حبسه وله عقوبته عليه كما فى كل ممتنع من اداء الحق
بل يظهر من الاخير استظهار نفى الخلاف فيه وارده عليهم بعض الاجلة قائلا بعد الاشارة الى ما ذكره
ونسبته الى الاصحاب وفيه ان غاية ما دلت عليه الاخبار المتقدمة هو الحبس حتى يحضره وهذا
كاف فى عقوبته فلا معنى لعقوبته على ذلك لعدم الاذن فيه شرعا والتحقيق ان يقال ان اراد

جماعة

الجماعة المتقدم اليهم الاشارة الى مرتبة من مراتب النهى عن المنكر وهى التى يسوغ فيها عقوبته المعاصى
فما ذكروه جيد ولا يرد ما ذكره وان ارادوا غير ذلك فما ذكره حسن للاصل وخلو النصوص
المتقدمة ومعظم الفتاوى عن الاشارة ولعموم نحو قوله لا ضرر ولا ضرار الرابع اذا
حبسه ولم يتمكن من اداء ما على المكفول كالقصاص وزوجية المرأة والدعوى بما يوجب حدا
او تعزيرا فلا يتعين الزامه باحضاره كما صرح به فى جامع المقاصد وللك وضه والكفاية والرياض بل يظهر
من الاخير استظهار نفى الخلاف فيه وصرح فى ضه وللك والرياض بانه ان لم يمكنه الاحضار وكان له بدل
على المكفول بدله كالدية فى القتل وان كان عمدا ومهر مثل الزوجة وجب عليه الاحضار وصرح فى
الاخير بظهور نفى الخلاف فيه وهو جيد الخامس هل التخيير بين الاحضار واداء ما عليه مع امكانه
يتم موقوف رضاء المكفول له بالاخير وعدمه فلو لم يرض به كان التخيير ثابتا وليس له الزام الكفيل
بالاحضار مع بذله للدين بل يجب عليه قبوله المبذول له اولا بل يختص بصورة رضاء المكفول ببدله
الدين فلو لم يرض به كان له الزام الكفيل بالاحضار مطلقا وان بذل الدين للمكفول له اختلف
الاصحاب فى ذلك على قولين الاول ان التخيير ثابت مطلقا وهو مقتضى اطلاق المقنعة ويع ونع
والارشاد وعد والتبصرة واللمعة وفى التذكرة اسنده الى ظاهر الشيخ الثانى ان التخيير ثابت ثابت
يختص بصورة رضاء المكفول له ببذل المال فلا يثبت فى غيرها وهو للتذكرة وجامع المقاصد وللك
وضه ومجمع الفائدة والرياض وعزاه فيه الى للك وضه وجماعة من متاخرى المتاخرين وفى للك الى
جماعة من الاصحاب للاولين وجوه منها اصالة بقاء التخيير فى محل الصود وبلحق الباقى به لظهور
عدم القول بالفرق بين الصود ومنها ما نبه عليه فى الرياض من حصول الغرض من الكفالة بعد
اداء المال فلا وجه للالزام بالاحضار ومنها ما نبه عليه فى مجمع الفائدة من ان المكفول او الاجنبى
اذا بذل الدين وجب على المكفول له قبوله ولم يجز له مطالبة الكفيل بالاحضار فكذا اذا كان هو
الباذل للدين لعدم الفرق بينه وبينهما بل وجوب القبول من الكفيل اولى من الاجنبى ومنها
ما نبه عليه فى مجمع الفائدة ايضا من ان تكليف الكفيل بالاحضار مع بذله للدين ضرر خصوصا

اذا كان فيه حرج عظيم ومشقة شديدة والاصل عدمه للعمومات الدالة على نفي الضرر والحرج وفي جميع
الوجوه المذكورة نظر فتم وللآخرين وجوه ايضا منها اصالة بقاء جواز الحبس الى ان يحضره لان
الواردة اليقينية من التكليف ثابت بعقد الكفالة لا تحصل الا بالاحضار فيجب ومنها
ما تمسك به في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك وضة ومجمع الفائدة والرياض من ان المكفول له قد
يكون له غرض لا يتعلق بالاداء وقد يرغب المكفول له بالقبض من عين الغريم وبالجملة الاغراض
قد يتفاوت بالاسباب الخارجية كما اذا كان في مال الكفيل شبهة الحرمة ويخاف انه ان ظهر مستحقا
للغير لا يقدر على اخذ بدله منه ومنها ما تمسك به في جامع المقاصد ومجمع الفائدة والرياض
من ان مقتضى عقد الكفالة هو الاحضار فيجب الالتزام به لعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود خرج منه
صورة رضاء بذل الكفيل الدين ولا دليل على خروج محل البحث فيبقى مندرجا تحت العموم ومنها
ما تمسك به في الرياض وغيره من ظواهر الاخبار المتقدمة من حيث ان ظاهرها احضار الحق في احضار المكفول
وانه لا تبرأ الذمة الا باحضاره وقبول ما يبذل عنه من المال للمطلوب منه على تقدير كون متعلق
الكفالة المال انما هي معاملة اخرى بمنزلة الصلح يتوقف على رضاء الطرفين لا يقال ان قوله تعالى الحر من
من حبس الكفيل الى ان يحضر المكفول لا يقتضي جواز الالزام بالاحضار وان بذل الكفيل المال لانه
قضية في واقعة وقد تقرر ان قضايا الاحوال لا عموم لها لانا نقول ليس مبنى الاستدلال بتلك
الاخبار على نقل ما بعينه بل على اطلاق قوله اطلب صاحبك بعد الحبس فانه باطلاقه يفيد
وجوب الاحضار وان بذل الكفيل المال كما لا يخفى الا ان يناقش فيه بما نبه عليه في الرياض فقال لا ودعوى
يمكن ان يقال باحتمال ورود الامر بالالزام بالاحضار مورد الغالب من عدم بذل الكفيل المال فلا دلالة له
في هذه الاخبار على لزوم الاحضار على الاطلاق وقد يناقش فيما ذكره بالمنع من غلبة عدم بذل الكفيل
المال بعد حبسه عليه فيجب انصراف الاطلاق اليه فاذن الاقرب هو القول الثاني السادس
اذا رضي المكفول له بالمال واداه الكفيل فان كان قد كفل باذن المكفول الغريم واداه باذنه ايضا رجع
عليه كما صرح به في كره ولك وضة والرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه وان كفل بغير اذنه واداه

باذنه

باذنه فصرح في الكتب المذكورة ايضا بان له الرجوع عليه ايضا وزاد في الرياض بانه يكون كمن ادى المال
باذن من عليه الدين وما ذكروه جيد ثم صرح ثانيا المسالك وضة بان الفرق بين الكفالة والضمان
في رجوع من ادى بالاذن هنا وان كفل بغير الاذن بخلاف الضمان عدم تعلق الكفالة بالمال بالذات
وان حكم الكفيل بالنسبة اليه حكم الاجنبي فاذا اداه باذن المديون فله الرجوع بخلاف الضمان لانتقال
المال به الى ذمته فلا ينفعه الاذن في الاداء بعده لانه كاذن البرئ للمديون في اداء دينه وقد نبه على
هذا الفرق في كره ايضا وان كفل باذنه وادى بغير اذنه فان كان بعد تعذر الاحضار عليه وتعذر
الاحضار الى المكفول فصرح في الكتب المذكورة ايضا بان له الرجوع عليه ايضا محتجين فيها بان ذلك
من لوازم الكفالة فالاذن فيها اذن في لوازمها وفيه نظر ولكن الاحوط ان يؤدي المكفول وان
لم يتعذر الاحضار عليه وامكنه احضاره ولم يحضره فليس له الرجوع كما صرح به في التذكرة ولك وضة
والرياض واحتج عليه في كره ولك بان الكفالة لم تتناول المال اختيارا فيكون كالمتبرع ولا فرق
في ذلك بين كون الاداء مسبوقا بحبسه وعدمه واذا تعذر عليه الاحضار ولكنه لم يتعذر عليه المراجعة
فصرح في لك بانه لا رجوع هنا ايضا وهو جيد وان كفل بغير اذنه فلا وادى ايضا بغير اذنه فلا
رجوع هنا ايضا السابع صرح في مجمع الفائدة بان الظاهر ان الحبس الى الحاكم فهو يحبسه الى ان
يحصل ما يقتضي مذهبه وما ذكره جيد وصرح به في ضة والرياض وهو ظاهر كره ولك والكفاية
بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه وان صرح في المقنعة ويع وفع بان المكفول له حبسه وهل الحبس
واجب على الحاكم او لا نظر الاول من عد وفي التحرير وهو احوط والثاني من المقنعة ويع وفع وهو
في غاية القوة **منهل** من اطلق غريما ومديونا مطلوبا منه المال من يد صاحب الحق
والدين ضمن وصار بحكم الكفيل فيلزمه احضار المديون او اداء ما عليه من الدين ان رضي صاحب
الحق به كما صرح به في فع ويع وعد والتحرير والارشاد والنصرة وكره وجامع المقاصد وضة ولك
ومجمع الفائدة والكفاية والرياض وصرح في المقنعة والوسيلة والمراسم والمعتبر بان الكفالة تحصل
باطلاق الغريم من المستحق قهرا ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما صرح به في الرياض

مدعيا ان الصيمري ادعى الاجماع عليه ومنها ما نبه به في التذكرة وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة
من انه غصب لليد المستولية المستحقة من صاحبها فكان عليه اعادتها او اداء الحق الذي
بسببه ثبتت اليد عليه ومنها عموم قولهم لا ضرر ولا ضرار كما نبه عليه في الرياض ومنها
عموم قولهم على اليد ما اخذت حتى تؤدي ومنها ما دل على جواز ان يقضي الغير دين صاحبه
وهل التخيير بين الامرين يثبت مط ولو لم يرض صاحب الحق باداء ما عليه من الدين والزم
بخصوص الاحضار او لا بل يختص بصورة رضاء صاحب الحق بذلك وعدم الزامه بالاحضار
فلو الزم به تعين يظهر من اطلاق النافع والشرايع وعد والتحرير والارشاد والتبصرة وكره
وجامع المقاصد الاول ويظهر من الروضة ولك والكفاية الثاني والمسئلة محل اشكال فلا ينبغي
فيها ترك الاحتياط بمراعاة الاحضار بل الحكم بلزومه في غاية القوة وان لم يتمكن المطلق الغريم
فهل الا من الاحضار تعين بلا اشكال وان لم يتمكن الا من الاداء تعين ايضا بلا اشكال وهل يرجع
هنا وفي صورة التخيير بما ادى على المديون حيث لم يامره بالاداء او لا صرح بالاخير في لك وضه
والكفاية والرياض محتجين بانه لم يحصل من الاطلاق ما يقتضي الرجوع وهو جيد وصرح
في المقنعة بانه اذا اطلق الغريم بسلطان وشفاعة لم يكن عليه ضمان الا ان يتعين ما عليه و
يشترطا القيام به عند تخليته وهو جيد ايضا وهل يشترط في الضمان باطلاق الغريم قهرا
ثبوت كونه مديونا عند المطلق ولا فلو اطلقه قهرا معتقدا انه غير مديون وانه مظلوم كان
ضامنا ايضا فيه اشكال ولكن الاحتمال الثاني احوط بل هو في غاية القوة لاطلاق كلام الاصحاب
وعموم الادلة وهل يقوم مقام الاطلاق قهرا تعليم الغريم حيلة يفر بها او يستعمل هو حيلة
يفر بها ويخوفه ليفر ولا بل يختص الحكم بما يصدق عليه حقيقة عرفا ولغة انه اطلق الغريم فيه اشكال
فمراعاة الاحتياط اولى بل الاحتمال الاول في غاية القوة **منهل ٩٤** لو كان الغريم
قاتلا واطلق قهرا من يد ولي المقتول كان المطلق ضامنا وعليه احضار الغريم او دفع الدية ان رضي
به ولي المقتول كما صرح به في المقنعة والوسيلة والمراسم والشرايع والنافع وعد والتبصرة والارشاد

والتحرير

والتحرير والتذكرة واللمعة وجامع المقاصد ولك وضه ومجمع الفائدة والكفاية والرياض ولهم
وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه في الرياض قائلا لا خلاف فيه على الظاهر بل عليه الاجماع
في الصيمري ومنها ما تقدم اليه الاشارة في المسئلة السابقة ومنها ما تمسك به في الكفاية
والرياض من خبر حريز الذي وصفاه بالصحة عن ابي عبد الله عليه السلام قال سألته عن رجل قتل رجلا
عمدا فرفع الوالي الى اولياء المقتول ليقتلوه فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من ايدي الاولياء قال
ارى ان يحبس الذي خلص القاتل من ايدي الاولياء حتى ياتوا بالقاتل قيل فان مات القاتل وهم
في السجن قال فان مات فعليهم الدية يؤدونها جميعا الى اولياء المقتول وينبغي التنبيه على امور
الاول لا فرق في القتل بين العمد وشبهه كما صرح به في التذكرة وجامع المقاصد ولك وضه والرياض
وهو ظاهر اطلاق ما عداها من الكتب المتقدمة الثاني اذا لم يرض ولي المقتول بالدية والزم
بالاحضار فهل يتعين حينئذ او لا بل يكون المطلق مخيرا بين دفع الدية هنا ايضا يظهر من اطلاق المعظم
الثاني ومن الكفاية الاول وهو احوط ولكن الثاني في غاية القوة واذا لم يتمكن المطلق الا من احد
الامرين تعين المقدور للاتفاق عليه ولعموم ما دل على نفي الضرر الثالث صرح في كره وجامع المقاصد
وضه ولك بانه لا يقتص في العمد محتجين بانه لا يجب الا على المباشر فلما تعذر استيفاؤه وجبت الدية
كما لو هرب القاتل عمدا ونحو ذلك في الرياض الى الاصحاب بلفظ قالوا الرابع صرح في التذكرة وعد
وجامع المقاصد ولك وضه والرياض بانه اذا سلم القاتل هارب باذهب المال على المخلص فان تمكن
ولي المقتول في العمد وجب عليه رد الدية الى الغارم وان لم يقتص من القاتل محتجين بان الدية وجبت
لمكان الحيلولة وقد زالت وعدم القتل الآن مستند الى الخيار والمستحق لا الى تقصير المخلص وهو جيد
وقد نبه عليه في الكفاية وصرح في كره وعد وجامع المقاصد بانه لا يتسلط الكفيل لو رضي هو وولي
المقتول بالمدفوع للحيلولة وترك القصاص على الرجوع على المكفول وهو المطلق قهرا بتلك الدية ولا قصاص
ويرد في الاخيرة الا وذلك لانه تكفله بقوله ولم يدفع برضاه ولم يكن المدفوع واجبا بالاصالة وانما
وجب بعارض وهو الحيلولة وقد زالت وهو جيد الخامس لو كان تخليصه من يد كفيله وتعذر

استيفاء الحق من قصاص او مال واخذ الحق من الكفيل كان له الرجوع على الذي خلصه كتخليصه من يد المستحق
وقد صرح بذلك في كره ولك وضه والكفاية والرياض منهل يشترط في صحة الكفالة تعيين
المكفول على وجه يرتفع الابهام فلو لم يكن معينا فسدت كما صرح به في يع وكره ولارشاد والتبصرة وعد
والتحرير وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه
في لك قائلا هذا مما لا خلاف فيه ومنها ما نبه عليه في مجمع الفائدة قائلا لعله دليله انها على خلاف
الاصل فيقتصر على محل اليقين ومنها ما نبه عليه في كره وجامع المقاصد ولك من انه مع عدم
التعيين لا يعلم المكفول بعينه ليستحق المطالبة باحضاره ويتفرع على ما ذكر امور الاول انه
لو قال كفلت احد هذين لم يصح وقد صرح به في الشرايع وعد وكره والتحرير وجامع المقاصد ولك
الثاني انه لو قال كفلت بزيد فان لم آت به فبعمرو وقد صرح بهذا في الشرايع وعد والتحرير و
وكره ومع وجامع المقاصد ولك واحتج عليه فيه بوجه آخر غير ما تقدم قائلا ونزيد الثالث
ان الكفالة هنا معلقة على شرط وهو عدم الاتيان فبطل من هذا الوجه وكفالة زيد ليست
متعينة لان الكفيل جعل نفسه فيه في فسحة باحضار عمرو ان اختار فيرجع الى الابهام كما سبق
وهنا مما لا خلاف فيه واشار الى هذا الوجه في كره وجامع المقاصد ونبه في مجمع الفائدة على
صحة الكفالة في الصورة المذكورة اذا كان المراد فيهم كلهم غرماء للمكفول له قائلا الذي يظهر جواز
ذلك اذا كان المراد فيهم كلهم للمكفول له ولا يمنع عدم الالزام باحضار واحد بعينه وكذا عدم
اشتراط التعيين فيمكن صحة المعلق بعد وقوع المعلق عليه لعموم ادلة صحتها خصوصا المسلمون
عند شروطهم الثابت بالرواية الصحيحة والقول بالعامة والخاصة وفيما ذكره نظر واضح
بل المعتمد ما عليه الجماعة وصرح في التذكرة بانه لو قال ان جئت فانا كفيل به لم يصح وكذا لو قال
ان جاء فانا كفيل به او ان طلعت الشمس وفيما ذكره نظر لاحتمال الصحة وغايته القوة
ولكن مراعاة الاحتياط اولى وصرح ايضا بانه لو قال انا احضره او ادى ما عليه لم يكن كفالة وهو
جيد منهل اذا تكفل مؤجلا صح فان احضر الغريم المكفول قبل الاجل المشروط في

ضمن عقد

يكن

ضمن عقد الكفالة فلا يجب على المكفول تسلمه ان كان فيه ضرر عليه فلا يجب تسلمه اتفاقا على الظاهر وان لم
يتضرر عليه فهل يجب عليه تسلمه او لا اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه لا يجب تسلمه
ح فلا يجب تسلم المكفول له قبل الاجل مط وهو للشرايع ولارشاد وعد ولك والتحرير والتذكرة
وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة وصرح بعض الاجلة بانه المشهور بين المتاخرين الثاني انه يجب
تسلمه ح وهو المحكي في جملة من الكتب عن الشيخ وابن البراج وافتى به في الشرايع اولا قائلا اذا احضر
الغريم قبل الاجل وجب تسلمه اذا كان لا ضرر عليه ولو قيل لا يجب كان اشبه وهو ضعيف بل
المعتمد هو القول الاول ولهم الاصل السليم عن المعارض لانا لم نجد للشيخ حجة لا عقلا ولا نقلا و
ما تمسك به في لف وجامع المقاصد ولك من ان التسليم قبل الاجل غير التسليم الواجب فلم يجب
بعد فلا يعتد به ولا يجب قبوله وعليه فلا يجب على الكفيل الاحضار فان حل الاجل واحضره فتسلم
برئ الكفيل ووجب على المكفول له القبول منهل لو سلم الكفيل المكفول الى المكفول له وكان
ممنوعا من تسلمه باعتبار كونه في يد قاهر او باعتبار منع ظالم من التسلم لم يبرأ الكفيل بهذا
التسليم كما صرح به في الشرايع والارشاد وعد والتحرير وكره وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة
بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما يستفاد من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى الخلاف والاشكال
في ذلك ووجهه ظاهر مضافا الى ما ذكره واضح كما صرح به في لك فلو كان المكفول محبوسا في حبس ظالم
لم يكن للكفيل ان يسلمه الى المكفول له محبوسا ولا يبرأ بذلك ولا يلزم المكفول له ان يتسلمه
واما لو كان محبوسا في حبس الحاكم الشرعي وجب تسلمه وللكفيل ان يسلمه وقد صرح بهذا
التفصيل في الكتب المتقدمة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما اشارت اليه باعتبار عدم تعرضها للا
الخلاف في ذلك واحتج على الاول اولا بان ذلك الحبس يمنعه من استيفاء حقه وقد تمسك
بهذا الوجه في كره وجامع المقاصد وثانيا بان التسليم ح لا يعد تاما فلا يجب وقد تمسك بهذا الوجه
في جامع المقاصد واحتج فيه على الثاني بان حبسه لما كان بحق لم يمنعه من استيفاء حقه اذ يمكنه
احضاره ومطالبته بالحق ثم حبسه لها وقد تمسك بهذا الوجه في الشرايع والتحرير وكره و

واشار اليه في جامع المقاصد قائلا الفرق بين الحبسين واضح فان الحاكم لا يمنعه من احضاره ومطالبته
بحقه بخلاف الظالم فقد يعرض فيه المنع ثم صرح بانه لا بد من تقييد الاول وهو المكون في حبس الظالم
بكونه ممنوعا منه قائلا ولا بد من تقييده بكونه ممنوعا منه فلو كان المكفول له قادرا على تسلمه منه
في حبس الظالم بواسطة محبته للظالم او قوته او نحو ذلك فهو كما لو لم يكن محبوسا وانما اطلق المصنف
والجماعة ذلك بناء على الغالب من تعذر تسلمه منه اما كذلك وما ذكره جيد ثم صرح بانه اذا
طلب الحاكم باحضاره احضر مجلسه وحكم بينهما فاذا فرغت الحكومة رده الى الحبس بالحق الاول ولو
توجه عليه للمكفول له ما يوجب الحبس حبسه بهما وتوقف فكه على تخلصه منهما وهو جيد ايضا
وقد صرح به في التذكرة واشار اليه في التحرير ايضا **منهل** اذا كانت الكفالة حالة او مؤجلة
وحل اجلها فان كان المكفول حاضرا وجب على الكفيل احضاره اذا طلبه المكفول له فان احضره والا حبس
وقد صرح بجميع ذلك في كره بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه وان كان المكفول غائبا فان كان موضعه
معلوما يمكنه رده وكانت الكفالة حالة وطالب المكفول له باحضاره انظر وامهل الكفيل
مقدار ما يمكنه الذهاب الى المكفول والعود به كما صرح به في الشرايع وكره وعد والارشاد والتحرير
واللمعة وضه ولك ومجمع الفائدة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما يستفاد من الكتب لعدم اشارتها
الى خلاف في ذلك ولا اشكال ويدل عليه ايضا فحوى ما ذكره ما نبه عليه في مجمع الفائدة قائلا ووجه
امهال الكفيل حين غيبة المكفول من بلد يجب تسليمه فيه واضح اذ يلزم التكليف بما لا يطاق
وان كانت الكفالة مؤجلة اخر وانظر بعد حلولها بذلك كما صرح به في الشرايع وعد والتحرير واللمعة و
جامع المقاصد وضه ومجمع الفائدة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما يستفاد من الكتب المذكورة لعدم
اشارتها الى الخلاف في ذلك ولا اشكال واحتج عليه في جامع المقاصد بان الواجب انما يتحقق بعد
الحلول فحينئذ يعتبر ما لا بد منه في التسليم وصرح في مجمع الفائدة بان الحكم المذكور واضح وهكذا فاذا
مضى تلك المقدار ولم يأت به من غير عذر حبس والزم ما تقدم كما صرح به في كره وضه ولا يحبس
في الحال كما صرح به في التذكرة قائلا وبه قال عامة اهل العلم وقال ابن شبرمة يحبس في الحال لانه

الحق

الحق قد توجه عليه وهو غلط لان الحق وان كان قد حل فانه تعذر امكان التسليم وينبغي التنبيه على امور
الاول صرح في التذكرة ولك وضه بان المكفول ان كان غائبا غيبة منقطعة بان لا يعرف موضعه و
ينقطع خبره لم يكلف الكفيل باحضاره لعدم الامكان ولا شيء عليه لانه لم يكفل المال ولم يقصر في
الاحضار وهو جيد واشار اليه في مجمع الفائدة الثاني صرح في التذكرة ولك بانه لو عرف موضعه
وجب عليه احضاره سواء كان على ازيد من مسافة القصر ام انقص وهو جيد الثالث صرح في كره
بانه لو كان غائبا حين كفل فالحكم في احضاره كما لو غاب بعد الكفالة وهو جيد ايضا الرابع
صرح في كره ايضا بانه لو فرط الكفيل في تحصيله بان طالبه المكفول له باحضاره وكان متمكنا
منه فتهاون او ماطل باحضاره حتى غاب غيبة منقطعة ولم يعرف له خبر فانا نوجب المال
وجب والا فاشكال الخامس هل يجب في الذهاب والاياب والرجاع مراعاة [illegible]
وسرعة السير بالقدر الممكن فيجب الركوب على دابة تكون اسرع من سائر الدواب سيرا وعدم
البقاء في ذلك المكان زيادة على ما لا بد منه او لا بل يجوز المتعارف المعتاد للمسافرين فيه
اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط ولكن احتمال الاخير في غاية القوة وعليه لا يجوز الابطاء من
غير عذر زيادة على المتعارف السادس هل يجب على الكفيل مباشرة اعادة المكفول بنفسه او لا
بل يجوز فيها التوكيل الاقرب الاخير السابع هل اجرة الذهاب والاياب وما يصرف في هذا
السفر من المال على الكفيل او المكفول فيه اشكال ولو قيل انها على الكفيل لو لم تكن الكفالة باذن
المكفول وعليه ان كانت باذنه والتماسه كان متجها **منهل** اذا وقع عقد الكفالة فلا يخ
اما ان يعين المتعاقدان مكان التسليم او لا بل يقع العقد مطلقا من غير تعيين فان كان الاول وجب
على الكفيل ان يسلم المكفول الى المكفول له في الموضع الذي عين له كما صرح به في الوسيلة ويع والنفع
والارشاد وعد وكره والجامع واللمعة وجامع المقاصد وضه ومجمع الفائدة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه
ويدل عليه ايضا فحوى ما ذكر عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وما تمسك به في جامع المقاصد وغيره من دليل
على لزوم المؤمنين بالشروط وعليه فلا يجب على الكفيل تسليمه في غير ذلك الموضع كما صرح

به في كره فانه لا سواء كان لرفق له او لا ولو طلبه لان المكفول له لم يجب اجابته كما صرح به في كره القم
ولو سلمه الكفيل في غير ذلك المكان فلا يجب على المكفول له القبول ولم تبرا ذمة الكفيل
بذلك كما صرح به في الشرايع وعد والتحرير ولف وكره والجامع والايضاح وجامع المقاصد
وضه ومك ولا فرق في ذلك بين ان يكون المكان الذي سلم فيه من البلد الذي شرط تسليمه
في مكان آخر منه ولا بين ان يكون فيه سلطان او لا وقد صرح بالاخير في التحرير وهو الظاهر
ما عداه من الكتب المتقدمة وكذا لا فرق في ذلك بين ان يترتب على تسليمه ضرر على المكفول له
او لا كما صرح به في القواعد ولف وكره والايضاح وجامع المقاصد ومك وضه وهو ظاهر اطلاق في
ما عداها من الكتب المتقدمة الا الشرايع فانه تردد هنا وحكي في لف عن الشيخ وابن البراج
خلاف ذلك فانه قال الشيخ في ط اذا تكفل على ان يسلمه اليه في موضع فسلمه في موضع آخر فان
كان عليه مؤنة في حمله الى موضع التسليم لا يلزمه قبوله ولا يبرأ الكفيل وان لم يكن عليه مؤنة فيه ولا
ضرر لزمه قبوله ونحوه ابن البراج بحكي ما ذكره عنهما في الايضاح وجامع المقاصد وهو ضعيف بل المعتمد
هو الاول وما دل على لزوم الوفاء بالشرط كما نبه عليه في الايضاح ومك وجامع المقاصد وان
كان الثاني في ضرف اطلاق العقد الى البلد الذي وقع فيه حيث لا يكون هناك قرينة دالة تشهد
بخلاف ذلك وقد صرح بذلك في الشرايع والنافع والارشاد وعد والتحرير ولف وكره والمهذب
وجامع المقاصد ومجمع الفائدة واحتج عليه في كره وضه بان المفهوم عند الاطلاق وما ورد عليه في مك
وضه فانه لا وهذا التعليل تم لو كان محل العقد بلد المكفول له او بلد قراره اما لو كان في البرية او فلو كان
بين تبريا وبلد غربة قصدهما مفارقته بسرعة بحيث تدل القراين على عدم ارادته اشكل انصراف الاطلاق
فيه وقد تقدم الكلام فيه على نظيره في السلم الا انهم لم ينقلوا هنا خلافا وعلى كل حال فالتعيين اولى
وقد ناقش فيما ذكره بان الكون في البرية وبلد الغربة من القرائن المانعة من انصراف اطلاق العقد الى
ما ذكرناه فلا ينصرف اليه اطلاق قول معظم الاصحاب انه تكفل تسليمه مطلقا انصرف الى بلد العقد
لا نصرافه الى صورة فقد القراين لا مط كما لا يخفى وقد نبه عليه في مجمع الفائدة وعلى ما ذكرناه لا ينصرف

في غير المكان المشترط

اطلاق

اطلاق الكفالة في البرية وبلد الغربة الى المكان الذي وقعت فيه وكذا لا انصراف الى غيره فيكون بالنسبة
الى موضع التسليم مجملا فالاولى مراعاة التعيين وهل تفسد الكفالة ح ولا دليل عليه كما نبه عليه في
من مجمع الفائدة وهو احوط في الجملة وصرح في الوسيلة بانه اذا اطلق عقد الكفالة لزم التسليم
في دار الحاكم او في موضع لم يقدر على الامتناع وهو ضعيف في الغاية **منهل**
لو تنازع الكفيل والمكفول له بعد صدور عقد الكفالة منهما فقال الكفيل للمكفول له لا حق
لك على المكفول ولم تشتغل ذمته لك بشيء اصلا فالكفالة فاسدة فلا يلزمني احضار
المكفول وادعى المكفول له ثبوت الحق على المكفول واشتغال ذمته به فتصح الكفالة ويلزم الكفيل
احضار المكفول فالقول قول المكفول له كما صرح به في الشرايع والارشاد وعد والتحرير والتذكرة
والجامع والمهذب وجامع المقاصد ومك وضه ومجمع الفائدة ولهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق
عليه كما يستفاد من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى الخلاف فيه ولا اشكال فيه ومك وثانيهما ما نبه
به في جامع المقاصد ومك وضه من ان الكفالة لا تقع الا مع ثبوت حق للمكفول له عند المكفول
والكفيل يدعي فسادها وهي مردودة بان الاصل في العقد الواقع الصحة فيكون قول من يدعيها ويحلف المكفول له
هنا مضمونا ولا يراد في ذلك فانه لا يقال يكفي في صحتها مجرد الدعوى وان لم يكن الحق ثابتا وانكار الكفيل
الحق لا يرفع الدعوى فلا يقتضي بطلان الكفالة لانا نقول انكاره لنفس الدين مع اعترافه بالدعوى
لا يقتضي سقوط حق الاحضار عنه فلا معنى لانكاره لان غرضه ابطال الكفالة ليسقط عن نفسه وجوب
الاحضار واعترافه بمجرد الدعوى كاف في وجوبه والغرض في المسئلة انكاره صحة الكفالة فيكفي
فيه احد الامرين الدعوى وما تضمنه والحق المنفي في العبارة نكرة تفيد عموم الحق فيشمل الدعوى ايضا
فيتجه وعدالي الوجه المذكور بقولها لان الكفالة تستدعي ثبوت حق وكذا اشار اليه في كره بقوله
لان الظاهر صحة الكفالة وفي مجمع الفائدة بقوله لان الكفيل قائل بالكفالة وهي من دون ثبوت
حق في ذمة المكفول غير معقول فلا تسمع وينبغي التنبيه على امور الاول هل يتبع قول المكفول له
هنا من غير يمين او مع اليمين ربما يظهر الاول من يع والارشاد ومجمع الفائدة لعدم تعرضهم للزوم اليمين

عليه هنا وصرح بالثاني فى الجامع والغنية وجامع المقاصد ولك وضه واستقربه فى التذكرة قالوا وهل
الى اليمين الاقرب ذلك وتوقف فى التذكرة قالوا وهل يحلف للشافعية وجهان احدهما لا
يحلف لان دعوى الكفيل تخالف ظاهر قوله الثاني يحلف لان ما يدعيه ممكن وهو البين وعلله
بل الاقرب لزوم الحلف لعموم قوله واليمين على من انكر المعتضد بفتوى الاكثر باللزوم بل قد يستظهر
الاتفاق عليه وان خلت جملة من العبارات عن الاشارة اليه الثاني صرح فى التذكرة بانه ان حلف
فلا كلام وان نكل رددنا اليمين على الكفيل لجواز ان يعلم انه لا حق له عليه وقد مال الى هذا فى التحرير
قائلا لو نكل فالوجه احلاف الكفيل مع احتمال تعينها لعدم الثالث اذا حلف المكفول له وجب
على الكفيل احضار المكفول فهل يجب على الكفيل اداء المال من غير بينة ولا صرح بالثاني فى جامع
المقاصد ولك وضه وحكاه فى الاول عن كره مقتصرا عليه كالمسالك وضه بان الكفالة انما اقتضت ثبوت
حق فى ذمته لا المال وهو جيد ولو اقام المدعي البينة بالحق واغرم الكفيل صرح فى عد وجامع المقاصد ولك وضه
بانه لم يرجع به على المكفول بخصوص باعتراف الكفيل ببراءة ذمة المكفول فانه مظلوم وفيه نظر
الرابع صرح فى كره بانه لو قال ضمنت ما عليه لا شئ عليه فالقول قول المضمون له لان الظاهر صحة
الضمان وهو جيد الخامس صرح فى لك بان انكار الكفيل الحق على المكفول اما ان يريد نفيه ابتداء
بحيث لم يكن وقت الكفالة او يريد نفيه الآن بان يكون قد ادى او ابراه المستحق فان كان الاول
وهو المراد هنا فالدعوى راجعة الى صحة الكفالة وفسادها وان كان المراد الثاني وهو نفي الحق
عن المكفول الآن وان رجحه قوله سقوط الكفالة منه الآن وان كانت قد لزمت ابتداء فالقول قول
المكفول له لاصالة بقاء الحق وقد صرح بما ذكره اخيرا فى مجمع الفائدة مصرحا بلزوم اليمين على
المكفول له وهو جيد **منهل** اذا تكفل رجلان لرجل برجل واحد فيكون المكفول والمكفول له
متحدا والكفيل متعددا صحت الكفالة كما صرح به فى كره والتحرير بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه فان رد
احدهما المكفول الى المكفول له تاما فهل يبرء الآخر الذي لم يرده او لا اختلف الاصحاب فى ذلك
على قولين الاول انه لا يبرء الآخر برد شريكه وهو المحكي فى لف والايضاح عن الشيخ فى المبسوط

والقاضي

والقاضي وابن حمزة الثاني انه يبرء كما يبرء الآخر وهو للتذكرة وعد ولف والايضاح واللمعة وجامع المقاصد
ولك وضه وصرح بعض الاجلة بانه المشهور بين المتاخرين وقد استحسنه فى يع بعدما افتى بالاول
قائلا اذا تكفل رجلان برجل فسلمه احدهما لم يبرء الآخر ولو قيل بالبراءة كان حسنا وصرح فى لك
وضه وغيرهما بان الفائدة تظهر لو هرب المكفول بعد تسليم الاول فعلى المشهور لا حق للمكفول
له وعلى قول الشيخ ومن تبعه له الرجوع على الكفيل الآخر لبقاء حقه وللاولين وجهان احدهما
الاصل السليم عن المعارض والثاني ما اشار اليه الشيخ على ما حكاه فى لف والايضاح قائلين قال الشيخ فى ط
لا يبرء لانه لا دليل عليه وصرح بضعفه فى جامع المقاصد وثانيهما ما نبه عليه فى لك وضه قائلا
قبل الابراء لتغاير الحقين وضعفه ظاهر وللآخرين وجوه منها ما نبه عليه فى لك وضه من ان
المقصود من الكفالة التسليم للمكفول له وقد حصل فلا وجه لعدم براءة الآخر ومنها ما نبه عليه
فى كره من انه لو ادى احد الضامنين برئ الباقون فكذا لو سلم احد الكفلاء برئ الباقون لان الكفالة
قسم من الضمان ومنها ان المكفول اذا سلم نفسه او سلمه اجنبي برئ الكفيل فبراءته فيما
اذا سلمه احد الكفلاء اولى كما صرح به فى جامع المقاصد ولك واشار اليه فى لف والايضاح وضه ومنها
ان بعد تسليم احد الكفيلين لا يتجه اما ان يكون الكفيل الآخر مكلفا بالتسليم ايضا فان كان الاول
لزم التكليف بتحصيل الحاصل وهو تكليف بالابطال وهو غير جائز وان كان الثاني فهو
المطلوب لان انتفاء التكليف لا يكون الا بعد البراءة واذا ثبت انتفاء التكليف ثبت مطلقا
وان هرب المكفول بعد التسليم للاصل فاذن المعتمد هو القول الثاني وينبغي التنبيه على امور
الاول لا فرق على المختار بين ان يكون الكفيلان كفيلين مستقلين كالوكيلين المستقلين او لا
كما هو ظاهر اطلاق كلام القائلين بالمختار الثاني لا فرق ايضا بين ان تقع كفالة الكفيلين على الترتيب
او لا كما هو ظاهر اطلاق كلام القائلين بالمختار الثالث على المختار هل يشترط فى براءة الكفيل
الآخر ان يقصد عند تسليمه التسليم عن نفسه وعن شريكه او لا بل يكفي الاطلاق حكى فى ضه فيه
قولين قائلا وهل يشترط تسليمه عنه وعن شريكه ام يكفي الاطلاق قولان اجودهما الثاني وهو

ارتفعت الكفالة هنا لان
[illegible]
مع جواز ...

الذي يقتضيه اطلاق العبارة وما صار اليه هو الاجود عندي ايضا ويستفاد ايضا من اطلاق فع وبع وعد
والتحرير وكره وغيرها وكما لا يشترط القصد هنا كذا لا يشترط فيما اذا سلم نفسه او سلمه اجنبي
كما صرح به في ضه ولك وهل يجب على المكفول له اذا تسلم من احد الكفيلين قصد القبض عنهما
معا اولا الا في وجه الاخير كما صرح به في لك الرابع صرح في التحرير بانه لو قضى احد الكفيلين الدين برئ
الاخر واذا قضاه المكفول برئا معا وهو جيد **منهل** اذا تكفل واحد برجل لاثنين
فيكون الكفيل متحدا والمكفول له متعددا فسلمه الى احدهما لم يبرأ من الاخر بل يجب تسليمه اليهما معا
كما صرح به في فع وبع والارشاد وعد والتحرير وكره والمعتبر وتع ولك وضه ومجمع الفائدة بل الظ
انه مما لا خلاف فيه واحتج عليه في كره ولك وضه بان العقد هنا مع الاثنين بمنزلة عقدين فهو كما
لو تكفل لكل واحد منهما على الانفراد وكما لو ضمن دينين لشخصين فادى دين احدهما فانه لا يبرأ
من دين الاخر بخلاف السابق فان الغرض من كفالتهما معا احضاره وقد حصل ولو ابرأ الكفيل
احدهما لم يبرأ ممن لم يبرأه كما صرح به في التحرير واذا وكل احدهما الاخر في قبض المكفول فقبضه
الوكيل عن نفسه وعن موكله وصح في مجمع الفائدة براءة ذمة الكفيل منهما معا وهو جيد
واذا تسلم عن نفسه خاصة او عن موكله خاصة ففي براءة ذمة الكفيل عنهما معا اشكال بل احتمال
عدم البراءة منهما في غاية القوة **منهل** اذا اطلق الكفالة ومات المكفول قبل احضاره
ولم يكن المقصود من الكفالة احضاره للشهادة على عينه فبطل الكفالة وبرئ ذمة الكفيل وخرج
عن العهدة فلا يجب على الكفيل احضار جسد المكفول كما نص عليه في الغنية والوسيلة والنافع وفع
والتبصرة وكره والتحرير وعد ولقد والمعتبر والجامع والتنقيح وجامع المقاصد ولك وضه ومجمع
الفائدة والكفاية والرياض ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها تصريح الغنية بدعوى
الاجماع عليه ويعضده اولا ان العلامة في كره نسبه الى علمائنا وثانيا قول مجمع الفائدة
كانه مجمع عليه بين الاصحاب وثالثا تصريح الرياض بانه لا خلاف فيه ومنها ما تمسك به في الغنية
من ان الاصل براءة الذمة وشغلها يحتاج الى دليل ومنها ما تمسك به في الغنية وجامع المقاصد

وذلك

وذلك من ان متعلق الكفالة النفس وقد فاتت بالموت واشار الى ما ذكر في ضه والرياض قائلين بطل
بالموت لفوات متعلقها وهو النفس وفوات الغرض لو اريد البدن ومنها ما تمسك به في كره
وجامع المقاصد ولك والرياض من ان المتبادر من الكفالة انما هو الاحضار في حال الحياة وهو المتعارف
بين الناس بحيث لا اطلاق عليه وقد زاد في الاول فذكر وجها اخر قائلا اذا مات المكفول بطلت
الكفالة ولم يلزم الكفيل شيء عند علمائنا لانه تكفل ببدنه على ان يحضره وقد سقط الحضور عن
المكفول فيبرأ الكفيل كما لو برئ من الدين ولان ما التزم به من اجله يسقط عن الاصيل فيبرأ
الفرع كالضامن اذا قضى المضمون عنه الدين او ابرئ منه عندهم ولانه تكفل ببدنه فلا يلزمه ما
في ذمته كما لو غاب غيبة منقطعة ولانه لا يلزمه بذل نفسه فما في ذمته اولى وينبغي التنبيه
على امور الاول لا فرق فيما ذكر بين كون الايجاب بلفظ كفلت فلانا او كفلت بدنه كما
يستفاد من اطلاق الكتب المتقدمة عدا لك وضه فانهما نبها على الفرق بين الصيغتين قائلين
ويمكن الفرق بين التعبير بكفلت فلانا وكفلت بدنه كما يستفاد من اطلاق الكتب المتقدمة
عدا لك وضه فانهما نبها على الفرق بين الصيغتين قائلين ويمكن الفرق بين التعبير بكفلت فلانا
وكفلت بدنه فيجب احضاره ميتا على الثاني دون الاول بناء على ما اختاره المحققون من ان
الانسان ليس هو الهيكل المخصوص وما ذكره ضعيف جدا اما اولا فلاطلاق الاجماعات المحكية المعتضد
بالشهرة العظيمة التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل قد يمنع من وجوده لعدم صراحة كلام
في المخالفة واما ثانيا فلاعتراف المفصل فالاول فضه بعدم الاشارة الى ما ذكر وتضعيف ما ان
مثل ذلك مبني على المنافية للظ المحقق فلا يجب على القيدين واما ثالثا فلما صرح به في لك
فانه بعد الاشارة الى ما ذكراه وضعفه بانتفاء الفائدة في احضاره للميت الثاني اطلق في الغنية
والوسيلة وفع وبع والتبصرة والارشاد والتحرير وكره ولقد والجامع والكفاية بطلان الكفالة بموت
المكفول وفصل في ذلك في ضه فقالا لو مات المكفول قبل احضاره بطلت الكفالة الا فيما اذا كان الغرض
عليه الحكم على عينه ليحكم عليه باتلاف او المعاملة اذا شهد عليه من لا يعرف نسبه بل شهد على صورته

فيجب احضاره متى امكن الشهادة عليه بان لا يكون قد تغير بحيث لا يعرف وقد صرح بهذا
التفصيل ابنه في جامع المقاصد ولك واشار اليه في عد وحكاه في كره عن بعض العامة الا انه رجح
بانه ليس ببعيد معللا بان الكفالة على الاحضار انما يفهم منها احضاره حال الحياة وهو المتعارف
بين الناس والذي يخطر بالبال تنزيل الاطلاق عليه والاقرب عندي وفاقا لمجمع الفائدة و
الرياض ان التفصيل المذكور حسن مع اشتراط ذلك في ضمن العقد اما باللفظ الصريح او باقامة
القراين الحالية عليه والا فلا اما الاول فلعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وقولهم المؤمنون
عند شروطهم ولا يعارضها اطلاق الاجماعات المحكية المتقدم اليها الاشارة للمنع من انصرافها الى
محل البحث سلمنا ولكن التعارض هنا من قبيل تعارض العمومين من وجه ومن الظاهر ان الترجيح
مع العمومين المذكورين كما لا يخفى واما الثاني فللاصل واطلاق الاجماعات المحكية وعدم شمول
قوله تعالى اوفوا بالعقود لمحل البحث كما لا يخفى واذا توقف احضار الميت بعد الموت على نبش
القبر فهل يجوز نبشه او لا بل ينبغي على تحريمه صرح بالاول في جامع المقاصد ولك وضه وهو الاقرب.
وان علم بتغير صورة الميت بحيث لا يمكن الشهادة على عينه فتبطل الكفالة ويحرم النبش وقد
صرح بالاول في جامع المقاصد ولك وضه بل الظ انه مما لا خلاف فيه الثالث كما لا يجب على
الكفيل بعد موت المكفول احضاره كذا لا يجب على الكفيل اداء دين المكفول بعد ذلك اذا لم يشترط
ادائه للاصل وظهور الاتفاق عليه واما اذا اشترط ذلك فهل يجب اداء الدين ح او لا لم اجد احدا
تعرض لما ذكرنا الا السيوري في التنقيح فانه نبه عليه قائلا المشهور بين الاصحاب ان الكفالة تبطل
بموت المكفول ويظهر من كلام ابن الجنيد انه اذا شرط ان عليه ما عليه ان لم يحضره حيا ومات لزمه
المال قال العلامة الكفالة تبطل بالموت مطلقا شرط او لم يشرط لان ذلك مقتضى الكفالة وفيه نظر
لان كون ذلك مقتضى الكفالة مسلم لكن مع الاطلاق واما مع الشرط فلا لقولهم المؤمنون عند
شروطهم وفيما ذكره نظر بل الاقرب عندي هو الاحتمال الثاني للاصل والاجماع المحكي المعتضد
بالشهرة العظيمة **منهل** لو ادعى الكفيل ان المكفول له ابرا المكفول من الدين الذي به تحققت منهل

الكفالة

الكفالة وانكر المكفول له ذلك فالقول قوله اذا لم يكن للكفيل بينة على صدق دعواه كما صرح به في الشرايع
والارشاد وعد والتحرير وكره واللمعة وجامع المقاصد وضه ولك ومجمع الفائدة ولهم وجهان
احدهما ظهور الاتفاق على ذلك كما يستفاد من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى الخلاف في ذلك
ولا اشكال وثانيهما ما تمسك به في مجمع الفائدة من ان الكفيل مدع ح والمكفول له منكر فالقول
قوله اما الاول فلانه يدعي امرا مخالفا للاصل كما نبه عليه في ضه بقوله القول قول المكفول له لاصالة
بقاء الحق وفي لك بقوله انما كان القول قول المكفول له لاصالة بقاء الحق مع اعتراف الكفيل
بثبوته ابتداء الا انه ادعى الابراء ذلك ولان الكفيل يدعي امرا مخالفا للظاهر كما لا يخفى ولانه
اذا ترك ترك فهو مدع بجميع التفاسير واما الثاني فهو ظاهر بعد ثبوت الاول واما
الثالث فلقولهم البينة على المدعي واليمين على من انكر المؤيد بالاستقراء وينبغي التنبيه على
امور الاول انما يكون القول هنا قول المكفول له مع يمينه لا مطلقا كما صرح به في التحرير ومجمع
الفائدة واشير اليها في الكتب المذكورة بل الظ انه مما لا خلاف فيه الثاني ان حلف المكفول له
برئ من دعوى الكفيل وبقيت ولزمه الاحضار كما نبه عليه في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد
ولك وضه بل الظ انه مما لا خلاف فيه فان جاء المكفول وادعى الابراء ايضا لم يكتف باليمين التي
حلفها للكفيل بل لابد من يمين اخرى كما صرح به في التذكرة وجامع المقاصد ولك وضه واحتج عليه
في الثلثة الاخيرة بان هذه الدعوى مستقلة مغايرة لتلك فان دعوى الكفيل انما كانت لبراءة
نفسه وان لزمها بالعرض دعوى براءة المكفول الثالث لو رد المكفول له اليمين على الكفيل فحلف
برئ من الكفالة ولا يبرء المكفول من المال بهذه اليمين فلا اخذه منه وقد صرح بجميع ذلك في يع
وكره والارشاد وعد واللمعة وجامع المقاصد ولك وضه ومجمع الفائدة ولهم وجوه
منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى الخلاف في ذلك ولا
اشكال ومنها ما تمسك به في كره وجامع المقاصد ولك وضه من ان الانسان لا يبرا من الحق
بيمين غيره ومنها ما تمسك به في لك وضه من اختلاف الدعويين كما مر الرابع لو حلف

المكفول اليمين المردودة على البراءة برئ هو والكفيل معا كما صرح به في جامع المقاصد ولك وضع المسألة انه تم الاختلاف فيه وصرح في لك بانه لا فرق في ذلك بين صورتي حلف المكفول له للكفيل على عدم الابراء وعدمه محتجا بسقوط الحق بيمين المكفول فيسقط الكفالة كما اذا ادى الحق وهو جيد الخامس لو نكل المكفول له عن الحلف الذي توجه عليه باعتبار دعوى المكفول الابراء فحلف برئ هو والكفيل معا كما صرح به في كره ولك وضع السادس لو ادعى الكفيل ان المكفول وفى بدين المكفول له واداه اليه فهو كما لو ادعى الكفيل كما صرح به في الروضة

منهل بعض ويجوز ترامي الكفالات بان يكفل الكفيل كفيل ثم يكفل الكفيل الثاني اخر وهكذا وقد صرح بجواز ذلك في الوسيلة ويع والارشاد وعد وكره والغنية والجامع وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة والكفاية ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من لك المتقدمة لعدم اشارتهم الى الخلاف في ذلك ولا اشكال ومنها العمومات الدالة على صحة الكفالة ومنها ما نبه عليه في لك قائلا لما كان ضابط جواز الكفالة ثبوت حق على المكفول وان لم يكن مالا صح كفالة الكفيل من كفيل ثان لان الكفيل الاول عليه حق للمكفول له وهو احضار المكفول الاول وهكذا القول في كفالة كفيل الكفيل وهكذا وهو معنى الترامي واشار الى ما ذكره في جامع المقاصد بقوله يصح ترامي الكفالات لان صحة الكفالة بثبوت حق وهو ثابت بالكفالة وينبغي التنبيه على امور الاول صرح في التحرير بعد التصريح بصحة ترامي الكفالات بانه يلزم الاخير احضار من كفله ويلزم الثاني عليه احضار من تقدمه الى ان ينتهي الى المديون وهو جيد الثاني متى احضر الكفيل الاول من عليه الحق برئ وبرئ الاخران كما صرح به في التذكرة وجامع المقاصد وان احضر الكفيل الثاني الكفيل الاول برئ هو وبرئ من بعده من الكفلاء كما صرح به في التذكرة ولك ولم يبرا الاول ولا من عليه الحق كما صرح به في التذكرة وجامع المقاصد ولو ابراء المكفول له الاول المكفول برئ الجميع كما صرح به في جامع المقاصد ولك محتجين بانتفاء بقاء الكفالة مع سقوط الحق ولو ابرا غيره من كفالة اي اسقط عنه حق الكفالة برئ من بعده دون من قبله كما صرح به في لك ومتى مات واحد منهم برئ

من كان فرعا فيموت من عليه الحق يبرؤن جميعا وبموت الكفيل الاول يبرا من بعده وبموت الثاني يبرا الثالث ومن بعده دون من قبله وهكذا بموت الثالث يبرئ من بعده ولا يبراء الاولان وقد صرح بما ذكر في التذكرة وجامع المقاصد ولك الثالث صرح في لك بعدم صحة الدور في الكفالة قائلا قد تقدم في الضمان والحوالة ورود الترامي والدور فيهما اما الكفالة فلا يصح دورها وان صح ترامها لان حضور المكفول الاول وجب براءة من كفله وان تعدد فلا معنى لمطالبته باحضار من كفله وقد صرح بعدم صحة الدور هنا في مجمع الفائدة مدعيا انه لا معنى له هنا وهو جيد ولعله لذا اقتصر على الحكم بصحة الترامي في الكفالات فيما عداهما من الكتب المتقدمة

منهل هل يصح ان يكفل احد المكاتب لسيده فيصير مكفولا له والمكاتب مكفولا وذلك الثالث كفيلا اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه لا يصح وهو للجامع والمبسوط والمحكي في جامع المقاصد عن ابن البراج ويحتج بما اشار اليه في لك قائلا القول بعدم صحة كفالة احد للمكاتب للشيخ بناء على اصله المتقدم من جواز الكتابة من قبله فلا يتعين عليه اداء ومال الكتابة فلا يصح كفالته لان الغرض منها حضوره لاداء ما عليه ولعله الى هذا اشار في يع بقوله اذا تكفل ببدن المكاتب لسيده لم يصح لان الدين الذي في ذمته لا يصح الكفالة به فلم يصح ببدنه وصرح في لك بان ما ذكر مبني على اختياره من ان مال الكتابة ليس بلازم الثاني انه يصح وهو للقواعد ولف والتحرير وجامع المقاصد ولك من ان المكاتب اما عبد او مديون وكلاهما يصلحان للكفالة ولا احضار ومنها ما تمسك به في جامع المقاصد من ان المكاتب يصح ضمانه فكفالته اولى وتردد في المسألة في يع من غير ترجيح وفيه نظر بل الاقرب هو القول الثاني وصرح في لك بان الخلاف في الكتابة المشروطة قائلا ومقتضى ان الخلاف في المشروطة خاصة وان المطلق في جميع المواضع

منهل الاصل في الكفالة ان تتعلق بذات المكفول لان الغرض الذاتي منها احضاره حيث يطلبه المكفول له وقد صرح بجميع ذلك في لك فيصح الكفالة بلفظ كفلت لك فلانا او انا كفيل به او باحضاره كما صرح به في لك وصرح بصحة الاول في عد والتحرير وبصحة الاخيرين في التذكرة واشار في الارشاد الى الجميع وصرح في لك بان

ولهم وجوه منها العمومات الدالة على صحة الكفالة ومنها ما تمسك به في جامع المقاصد ولك

بان في حكم فانه نفسه وبعينه محضا بانها بمنزلة واحد في العرف العام وان اختلفت في المعنى تحقيقا وهو جيد
وصحح بعضه الثلثة في التذكرة وصرح بصحة الاخيرين في القواعد والتحرير ومنع بصحة الاخير في الشرائع والارشاد
واللمعة محتجين بانه قد يعبر به عن الجملة وصرح به في الروضة قائلا يصح التعبير في عقد الكفالة بالبدن
فيقول كفلت لك بدن فلان لانه لا يعبر بذلك عن الجملة بل عن الذات عرفا واختلف الاصحاب في
صحة الكفالة بالوجه والرأس كان يقول لك برأسه او بوجهه على قولين الاول انه يصح ايضا وهو للشرائع
والقواعد والتحرير والارشاد والتذكرة واللمعة وجامع المقاصد ومجمع الفائدة وصرح فيه بانه مذهب الاكثر
وصرح بعض الاجلة بان الظاهر انه المشهور وصرح في الجامع بصحة الكفالة بالرأس الثاني انه لا يصح
وهو للروضة وربما يستفاد من الشائع وحكاه التذكرة عن بعض علمائنا المنع من صحة الكفالة
بالرأس للاولين ما تمسك به في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد واورد عليه في ذلك قائلا واما
الوجه والرأس فالمراد منهما بحسب الوضع الجزء المخصوص منه الا انهما يطلقان عرفا على الجملة فيقال
يبقى رأسه ووجهه ونحو ذلك ويراد ذاته وجملته وقد اطلق لهم الحكم بصحة الكفالة حيث تعلق
بهما لاحظ المتعارف وفيه نظر لان العضوين المذكورين وان كان قد يطلقان على الجملة الا ان
اطلاقهما على نفسهما خاصة ايضا شايع متعارف وان لم يكن اشهر وحمل اللفظ المحتمل للمعنيين
على الوجه المصحح مع الشك وحصول الشرط واصالة البراءة من لوازم العقد غير واضح نعم لو صرح
بارادة الجملة من الجزئين اتجهت الصحة كارادة معنى المشترك كما انه لو قصد الجزء بعينه لم يكن
الحكم بالجملة قطعا بل كالجزء الذي لا يمكن الحيوة بدونه وبالجملة فالكلام عند الاطلاق وعدم قرينة
تدل على احدهما فضد ذلك لا يصح تعليل الصحة بانه قد يعبر بذلك عن الجملة وصرح في الروضة انتهى
بتمام ما اورده من الايراد بعينه وللاخرين الاصل والمسئلة لا تخلو عن اشكال والتحقيق ان يقال
ان اراد من الوجه والرأس الجملة ونصب القرينة المعتبرة على ذلك فالاقرب الصحة للعمومات الدالة على صحة
الكفالة ونحوها مادل على جواز المجازات والالفاظ المجوزة في اكثر العقود اللازمة ويعضده ذلك
الشهرة العظيمة التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف وان اراد منهما خصوص العضوين المعلومين

الذين هما

الذين هما من اجزاء البدن بحيث يلزم من احضارهما احضار الجملة حيا بحيث يتمكن معه من استيفاء
ويترتب عليه فائدة الكفالة فالاقرب الصحة ايضا وان اراد منهما خصوص الجزئين مط ولو كانا
مبانين فالظاهر بطلان هذه الكفالة وكونه متفقا عليه ومن الظاهر ان اطلاق القائلين بالصحة
لا ينصرف الى هذه الصورة وان حصل الشك في المراد وكان محتملا للاحتمالات ما يقتضي الفساد
ودار الامر بين كون العقد صحيحا او فاسدا ففي الحكم بالصحة ح اشكال بل الاقرب الفساد كما صرح به في الروضة
وذلك للاصل الذي اشار اليه فيهما السليم عن المعارض لا يقال لا نم سلامته عن المعارض
بل المعارض الاقوى منه موجود وهو اصالة صحة العقود الصادرة من المسلمين حتى يثبت فسادها
شرعا وهو من الاصول المسلمة المشهورة التي يبتني عليها امور عظيمة لانا نقول الاصل المذكور
على خلاف الاصل ثبت اعتباره في كثير من المقامات ولا دليل على ثبوت اعتباره في محل المقام
فالاصل عدم اعتباره فيه وينبغي التنبيه على امور الاول اذا قلنا بصحة كفالة الوجه والرأس
فهل يلحق بهما الكبد والقلب وسائر الاعضاء المعتبرة التي لا يبقى الحيوة بدونها او لا اختلف
الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه يصح وهو للتحرير والتذكرة الثاني انه لا يصح وهو لجامع
المقاصد والمسالك والروضة والمحكي في كره عن بعض علمائنا ويظهر من عد التوقف في المسئلة للقول
الاول ما نبه عليه في الروضة قائلا ولا يلحق بالبدن الكبد والقلب من الاجزاء التي لا تبقى الحيوة
بدونها استنادا الى انه لا يمكن احضار المكفول الا باحضاره واورد عليه في جامع المقاصد قائلا
اما ما لا يعبر به عن الجملة ولا يمكن الحيوة بدونه كالكبد ونحوه ففي صحة الكفالة به تردد ينشأ
من ان العقد الجاري عليه لا يسري الى المجموع كما في البيع فكانه وقع على اجزاء معلومة بالاشاعة مع
فيه وعلى جزء معين يكون باطلا ولا يسري ومن ان كفالة الجزء الذي لا يمكن الحيوة بدونه يقتضي
كفالة المجموع لان احضاره لا يمكن الا باحضار المجموع واستقرب في التحرير الصحة ولقائل ان يقول
ان احضاره وان كان غير ممكن بدون احضار المجموع الا انه لا يقتضي الصحة لان الاحضار فرع الكفالة
والمطلوب انما هو صحة الكفالة وحينئذ نمنع انما يكون بكفالة المجموع لم يصح ههنا ان المتكفل

بل ليس هو المجموع ولا ما يستلزمه وان كان حكم الكفالة وهو احضار ذلك المقصود غير ممكن الا
باحضار المكفول والعقود اسباب متلقاة من الشرع فلا بد في صحتها من النص فان قيل
يجوز التعبير عن الجملة قلنا ما كان التعبير عنه متعارفا فلا بحث فيه وانما البحث فيما ليس متعارف
وقد اشار الى جميع ما اشار به بقوله ولقائل الى آخره في المسالك وكذا في الروضة والاقرب عندي
هنا التفصيل الذي ذكرته في الوجه والراس الثاني هل يصح كفالة الثلث على تقدير صحتها كفالة
الجزء المشاع كثلثه وربعه والاصح بالاول في التحرير والتذكرة وبالثاني في جامع المقاصد والمسالك
وغيره وقد تقدم الاشارة الى صحة القولين في المسألة السابقة والاقرب عندي هنا ما ذكرته
فيهما من التفصيل الثالث هل يصح كفالة الجزء الذي يبقى الحيوة بعدمه كالكبد والرجل
والاصبع والاصح بالثاني في الشرايع والارشاد والتحرير والقواعد وغيرها والمسالك وجامع المقاصد
وحكاه في التحرير عن الشيخ واحتج عليه في يع بانه لا يمكن احضاره بانفراده وتنظر فيه في عد
واشار الى وجهه في جامع المقاصد قائلا هنا الاول فيه وجهان ناشئان من عدم
السريان وامكان الانتقال مع بقاء الحيوة وفي احضار ذلك على صفته الا باحضار الكل
ولا يبعد ان الصحة هنا ابعد والذي يقتضيه النظر المنع والاقرب عندي هنا التفصيل
السابق بناء على المختار من جواز الضمن في العقود اللازمة ولكن الاحوط الترك منهل
لو قال ان لم احضره الى كذا كان علي كذا كان كفيلا ابدا ولم يلزمه المال المشروط ولو قال علي عند الاجل
كذا الى كذا ان لم احضره كان ضامنا للمال ان لم يحضره في الاجل وقد صرح بهذا التفصيل في
النافع والشرايع والارشاد وعد والتحرير والتذكرة واللمعة والتنقيح وجامع المقاصد
والمهذب البارع والرياض وحكاه في ف عن الشيخ في النهاية وابني حمزة والبراج وصرح في ض
والرياض بانه المشهور ولهم وجوه منها انه صرح في المهذب البارع بدعوى الاجماع عليه
قائلا بعد الاشارة الى عبارة النافع وهي ولو قال ان لم احضره الى كذا كان علي كذا كان كفيلا
ابدا ولم يلزمه المال ولو قال علي كذا الى كذا ان لم احضره كان ضامنا للمال ان لم يحضره في

الاجل هذه المسألة اجماعية والفرق بين الصورتين تقديم ذكر المال في الثانية وتاخيره في الاولى
وبعضه ما ذكره اولا قول العلامة في التذكرة ان تكفل برجل الى اجل ان جاء به والا لزمه ما عليه
فان قدم كفالة النفس بان قال ان لم احضره كان علي كذا لم يلزمه الا الاحضار عند علمائنا وان
قدم ضمان المال فقال علي كذا الى كذا ان لم احضره ولم يحضره وجب عليه ما ذكره من المال
وثانيا قول التنقيح بعد الاشارة الى عبارة النافع المتقدمة هذه المسألة ذكرها الاصحاب
في كتبهم وثالثا قول جامع المقاصد بعد الاشارة الى عبارة القواعد وهي لو قال ان لم احضره
كان علي كذا لزمه الاحضار خاصة ولو قال علي كذا الى كذا ان لم احضره وجب عليه ما شرط من
المال هذا مروي من طرق الاصحاب وقد اطبقوا على العمل به ولا يكاد يظهر فرق بين الصيغتين
باعتبار اللفظ ومثل هذا مما يصار اليه من غير نظر الى حال اللفظ مصيرا الى النص والاجماع ولهم
ولذا قال عندي في هذه المسألة نظر ورابعا قول الرياض بعد الاشارة الى عبارة النافع المتقدمة
في المشهور بين الاصحاب بل عليه الاجماع في صريح المهذب وح يع للصيمري عن المحقق الشيخ علي
وهو ظاهر التنقيح ولعله كاف ولم يتضح فيه مخالفة الاشكال لشذوذه ومعلومية نسبه مع موافقته لهم
في الجملة وخروج الجواب عن تنظر الفاضل في المسألة وجعله رابعا ابن ادريس واما الاختلاف
في الشق الثاني من حيث تقييد الحكم بضمان المال المشترط عدم الاحضار كما هنا وفي كلام الشيخ
ومنا بعيه والفاضل في التحرير وكره وعدمه كما في يع ود وعد فغير قادح على اليقين لاتفاقهم
في الحكم في كلتا الصورتين غايته الاختلاف في الاطلاق والتقييد وهو لا يوجب الخروج للمخالفة
في اصل الحكم والاجماعات المحكية انما هي على اصله في الجملة لا على وصفه من احد الامرين مع احتمال عدم
المخالفة في التقييد والاتفاق على اعتباره وان سومح بذكره في تلك الكتب ولعله للاعتماد على
الشرط المذكور فيها قبل الحكم كالعبارة وبعضه استنادهم الى ما هو الاصل في هذا الحكم من
الموثقين وخامسا انه لم ينبه على خلاف ولا اشكال في المسألة في الشرايع والنافع والارشاد
وعد والتحرير واللمعة وهو ظاهر في انتفاء الريب فيها عندهم والا لنبهوا عليها او على احدها

كما هي عادتهم غالبا وذلك ظاهر في انتفائهما بحسب الواقع لانه يبعد غاية البعد وجود الخلاف
المعتد عليه ولم يطلعوا عليه اصلا لكثرة تتبعهم واطلاعهم على كتب الاصحاب ومذاهبهم من
مفاصيهم وغيرهم ومهارتهم في الفن ووفور تدقيقهم وتحقيقهم نعم العلامة نقل الخلاف
حكى خلافا عن الاسكافي ولكنه اقتصر عليه وهو ظاهر في غاية الانحصار الخلاف فيه ومخالفته
الباقين له واذا كانت المسئلة بهذه المثابة لم يبعد فيها دعوى الاجماع على التفصيل المتقدم
خصوصا اذا شهد بتحققه جماعة من اعيان العلماء ومحققي الفضلاء وبما ذكر يندفع
بما اورده في لك قائلا بعد الاشارة الى العبارة يتج وهي لو قال ان لم احضره كان على كذا
لم يلزمه الا احضاره دون المال ولو قال على كذا الى كذا ان لم احضره وجب عليه ما شرط من
المال هذه المسئلة ذكرها الشيخ في النهاية وتبعه عليها المص وجماعة من الاصحاب
وذكر ابن فهد في المهذب والمحقق الشيخ على في الشرح انها اجماعية وفيه نظر لمنع الاجماع
في موضع النزاع فانا حداً من الاصحاب لم يدعه والموجود كلامهم في المسئلة جماعة يسيرة
والباقون لا نعرف حكمهم فيها ومع ذلك فقد ذكر العلامة منهم في المخ فحكى فيها كلام الشيخ
ومن تبعه ثم قال وعندي في هذه المسئلة نظر ثم نقل فيها عن ابن الجنيد حكما يخالف ما ذكره
الشيخ والجماعة وقال ان كلام ابن الجنيد انسب وقد عرفنا ان المص رافقهما وحده قولين
هنا وفي النافع وللعلامة وحده فيها اربعة مذاهب كل سنة فدعوى الاجماع على ذلك
عجيب وجه اندفاع ما ذكره بما ذكرناه وذكره في الرياض ظاهر لا يقال يظهر من الغنية دعوى
الاجماع على لزوم اداء المال في الصورة الاولى فانه صرح بانه لو قال ان لم ات به في وقت كذا فعلي
٥ ما ثبت عليه لزمه ذلك اذا لم يحضر وحيا كان او ميتا بدليل الاجماع المشار اليه ولا يلزمه
بما في ذمته فليس مرادا له لانا نقول ما ذكره لا يجوز الاعتماد عليه هنا من وجوه عديدة
لا يخفى ومنها خبر ابي العباس عن ابي عبد الله عليه السلام في احدها قال سألته عن الرجل يكفل
بنفس الرجل الى اجل فان لم يأت فعليه كذا وكذا درهما قال ان جاء الى اجل فليس عليه مال

وهو كفيل بنفسه ابدا الا ان يبدأ بالدراهم فان بدأ بالدراهم فهو لها ضامن ان لم يأت الى الاجل الذي اجله
وفي ثانيهما قلت له رجل كفل لرجل بنفس رجل وقال ان جئت به والا فعليك خمسمائة درهم
قال عليه نفسه ولا شيء عليه من الدراهم فان قال على خمسمائة درهم ان لم ادفعه اليك قال
يلزمه الدراهم ان لم يدفعه اليه وقد تمسك بالروايتين في التذكرة على الحكم الثاني وصرح
في الروضة بانهما مستند الحكم وصرح في لك بانهما مستند الشيخ في النهاية لا يقال لا يجوز
الاستناد اليهما في اثبات ذلك لضعف سندهما كما نبه عليه في لك قائلا مستند المص وجماعة
من الاصحاب في ذلك روايتان رواه داود بن الحصين عن ابي العباس وفي رواية اخرى في طريقها ابان
بن عثمان وفي سند الروايتين ضعف وجهالة فالاستناد اليهما في هذا الحكم المخالف
للقواعد الشرعية والعربية لا يتجه من اشكال لانا نقول ما ذكره مندفع اما اولا فلما ذكره
في الرياض قائلا وليس في سندهما عدا داود بن الحصين في الاول وهو موثق مع احتمال وثاقته
لتوثيق النجاشي له على الاطلاق من دون اشارة الى وقفه وهو ظاهر في حسن عقيدته
وان صرح به الشيخ لتقديمه عليه عند التعارض وحسن بن محمد بن سماعة وابان بن عثمان
في الثاني وكلاهما موثقان مع ان الثاني منهما ممن اجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه
فهما في غاية من الاعتبار ومع ذلك مشتهران بين الاصحاب غاية الاشتهار وان كانا
ضعيفين لحصل لهما به الانجبار ويعضده ما ذكره قدس سره اولا ان الفاضل الخراساني قد
وصفهما بالموثقية وثانيا ان بعض الاجلة وصف الاولى بالموثقية والثانية بالصحة وثالثا
ما نبه عليه في مجمع الفائدة قائلا في جملة كلام له وسندها ليس غير صحيح ولا حسن بل موثق الا
لداود بن الحصين فانه قال النجاشي ثقة وقال الشيخ في كتاب رجاله واقفي فهو واقفي ثقة
والثانية لحسن بن محمد بن سماعة قالوا انه واقفي ثقة وان كان فيه ابان ابقهم ولكن قيل ممن
اجمعت عليه وغيرها ضح كونه ناووسيا بل قيل كان ناووسيا وفي كتاب الكشي الذي عندي
قيل كان قادسيا اي من القادسية فكانه تصحيف والجملة فهو ولا باس واحسن من الحسن

قوله
فقوله ع ره و في رواية اخرى في طريقها ابان بن عثمن بعد ذكر الرواية الاولى محل التامل وكلما
نفي الكلام في المستند فان في سند الروايتين ضعفا وجهالة في بعض رجالهما فانه لا جابر له ولا
ضعف فانه لا اضود في سندها الا ما اشرنا اليه من القول فيه وفي ابان وافق مع قول النجاشي
انه ثقة والقول فيه حسن مع قول الشيخ في الفهرست انه جيد التصانيف نقي الفقه حسن
الانتقاد وابان مع انه اجمعت وكثيرا ما نعد خبره صحيحا والروايتان في الحقيقة واحدة فلا
بعد تركها وترك ما قيل فيهما واما ثانيا فلان الروايتين المذكورتين لو سلم ضعفهما
سندا فهو منجبر بالشهرة العظيمة التي لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف ولا يقال
لا يجوز الاستناد الى هاتين الروايتين لمخالفتهما للقواعد العربية والشرعية كما نبه عليه في
لك اما الاول فقد نبه عليه في المهذب البارع قائلا قال ابن ادريس وعندي في هذه
بغير
المسألة نظر ووجه نظره ان لفظة الا ينبغي ان يكون متاخرا عن الشرط ويجوز تقديمه ولا
يحكم عندنا اهل العربية من حجة الفقهاء فالكلام المتصل عندهما كالجملة فلا يتم اوله الا
باخره وقد نبه على ما ذكره في التنقيح والمسالك والروضة وغيرها واما الثاني فقد نبه عليه في لك
وغيره ولعل وجهه ان الاصل مطابقة الحكم لمدلول اللفظ وان التعليق بكلمة ان كان مبطلا
للعقد يجب ان يكون مبطلا في الصورتين وان لم يكن مبطلا يلزم ان يكون مبطلا فيهما فالتفرقة
بينهما بما تقدم اليه الاشارة خلاف القاعدة لانا نقول مخالفة الرواية الجامعة لشرائط
الحجية غير قادحة فيها لعموم الادلة الدالة عليها من الادلة الاربعة ولو كان ذلك قادحا
فيها للزم سقوط معظم الروايات عن درجة الحجية وقد نبه على ما ذكر في الرياض قائلا
في مقام دفع الايراد المذكور ولا يلتفت الى ما يرد عليهما من المخالفة للقواعد الشرعية والعربية
فكم من نصوص مخالفة للقواعد يخرج بها عنها مع قصورها عن مرتبة الموثقتين الواردتين
هنا فالخروج بهما عنها اولى مع ما هما عليه من المرجحات القوية التي عمدتها فتوى الطائفة والاجماعات
بطريق اولى ولا احتياج الى التكلفات الصادرة عن جماعة في تطبيقهما مع القاعدة مع تضمن

بعضها

بعضها الاطراحهما والخروج عن ظاهرهما وبعضها ما ذكره اولا ما نبه عليه في المهذب البارع قائلا
في مقام الايراد المذكور فضعف هذا النظر ظاهر لكونه اجتهادا في مقابلة النص وثانيا
ما نبه عليه في الروضة قائلا لكن المص والجماعة عملوا بمضمون الرواية جامدين عليها
وصرح في التنقيح بان الاولى الجمود على النص وفي لك بان لجماعة من
الاصحاب في الاعتذار عن ذلك وجوها منها الجمود على النص من
غير تعرض على تعليل ولا التفات الى المخالفة وهو طريقة
الشيخ ومتابعيه ومع ذلك لا يتحاشون عن عدم
صحة السند كما قد علم ذلك من طريقة الشيخ
سيما في النهاية التي ذكر فيها المسألة
فانه يذكر فيها ما ورد به
النصوص مع ضعف
كثير منها
والحمد لله رب
العالمين

بسم الله الرحمن الرحيم وبه ثقتي

الحمد لله رب العالمين والصلوة والسلام على خير خلقه محمد وآله الطيبين الطاهرين
كتاب مناهل الصلح مقدمة تتضمن جملة من الكتب للاشارة الى تعريف
الصلح فصرح في الشرايع بان الصلح عقد شرع لقطع التجاذب وفي النافع بانه مشروع لقطع المنازعة وفي
القواعد بانه عقد سائغ شرع لقطع التجاذب وفي التذكرة بانه عقد شرع لقطع التنازع وفي
التحرير بانه عقد شرع لقطع التنازع بين المختلفين منهل لا ريب في شرعية الصلح
وجوازه وقد صرح به في الكتب المتقدمة وغيرها ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها
تصريح التذكرة بدعوى اجماع الامة على جواز الصلح في الجملة ويعضده اولا تصريح الكفاية بنفي النزاع
في صحة عقد الصلح وثانيا تصريح الرياض بان ذلك في الجملة مجمع عليه حاكيا له عن السرائر ايضا
ومنها ما تمسك به في ذلك من قوله تعالى اوفوا بالعقود ومنها ما تمسك به في التنقيح من قوله تعالى
انما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين اخويكم ومن قوله تعالى لا خير في كثير من نجويهم الا من امر بصدقة
او معروف او اصلاح بين الناس ومن قوله تعالى ان يريدا اصلاحا يوفق الله بينهما ومن قوله تعالى
وان امرأة خافت من بعلها نشوزا او اعراضا فلا جناح عليهما ان يصلحا بينهما صلحا ومن قوله تعالى
وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا الى قوله تعالى فاصلحوا بينهم بالعدل وقد تمسك بالايتين
الاخيرتين في كره وذلك في الرياض ايضا ولكن نا ... الفائدة في دلالتهما ولا له ما سبق
عليها من الايات الشريفة على الصلح الذي ذكرها الفقهاء في كتاب الصلح ومنها ما تمسك
به في التذكرة والتنقيح وكنز العرفان وذلك من النبوي المرسل الصلح جائز بين المسلمين
الا ما حرم حلالا او حلل حراما ومنها خبر حفص بن البختري الذي تمسك به في كره ووصفه
تارة بالصحة واخرى بالحسن عن الصادق عليه السلم قال الصلح جائز بين المسلمين ومنها ما اشار (الناس)
اليه بعض الاجلة من خبر هشام بن سالم الذي وصفه بالصحة عن ابي عبد الله عليه السلم قال لان
اصلح بين اثنين احب الي من ان اتصدق بدينارين ومنها ما اشار اليه بعض الاجلة قائلا

وروى

وروى في البحار نقلا من كتاب الامامة والتبصرة مسندا عن مصدق بن صدقة عن مولانا الصادق
عن ابيه عن ابائه عليهم السلم قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله الصلح جائز بين المسلمين الا صلحا
احل حراما او حرم حلالا وصرح بانه رواه في في تفسيره مرسلا ومنها خبر ابي حنيفة سائق الحاج
قال مر بنا ابو عبد الله عليه السلم اذا تنازع رجلان من اصحابنا في شيء ان اصلح بينهما وافتدي
بها من مالي ومنها ما ذكره في التنقيح قائلا قال صلى الله عليه وآله اصلاح ذات البين
افضل من عامة الصلوة والصيام وقال الباقر عليه السلم رحم الله امرأ الف بين وليين لنا يا معشر
المؤمنين تالفوا وتعطفوا منهل لا تشترط في صحة الصلح سبق نزاع وخصومة بل يجوز
ايقاعه على عين بعوض معلوم مع ... نقل كل من العوضين كما في البيع وقد صرح بذلك في
... وكنز العرفان وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والرياض ولهم وجوه منها ظهور الا
تفاق عليه لا يقال قد صرح جملة من العبارات وقد تقدم اليها الاشارة بان الصلح شرع
لقطع التنازع والخصومة والتجاذب وهو يقتضي اشتراطه بسبق الخصومة كما عن بعض العامة
لان القاطع للتجاذب مسبوق بالتجاذب لانا نقول هذا مندفع بما نبه عليه في جامع المقاصد
والمسالك والرياض في مقام دفع الايراد المذكور من انه لا يلزم من كون اصل شرعيته لذلك
ثبوته في كل فرد من افراده لان القواعد الحكمية لا يجب اطرادها في كل فرد كالقصر في السفر
فان الاصل فيه وجود المشقة مع انه يثبت مع عدمها في كثير من الافراد وكالعدة فانها
شرعت لاستبراء الرحم مع انها تثبت في مواضع تقطع فيها ببراءة الرحم وبالجملة المرجع في
اثبات حكم شرعي الى الدليل الدال عليه لا الى الحكمة التي شرع لاجلها كما نص عليه في ذلك
ومنها تصريح الرياض بانه قد استفاض دعوى اجماع الامامية على ذلك وتصريح
الكفاية بانه لم يعرف خلافا بين اصحابنا في ذلك ومنها ما تمسك به في ذلك في الكفاية و
الرياض وانبنا اليه في جامع المقاصد من العمومات المتقدمة الدالة على جواز الصلح
لا يقال لا نسلم شمولها لصورة عدم سبق المنازعة لان الظاهر من لفظ الصلح عند

الاطلاق صورة سبق المنازعة فيجب الحمل عليها لانا نقول لا نسلم ظهور لفظ الصلح في تحقق
المنازعة بل يصح اطلاقه بالاضافة الى دفع منازعة متوقعة محتملة وان لم يكن سابقة كما يظهر
من الآية الخامسة فاشتراط تحقق السبق في مفهومه باطل ثم لا نسلم دلالة الاخبار المتقدمة
على شرعيته حيث لم يبق منازعة ولا يكون متوقعة ولكن يمكن الذب عنه بعدم القائل
بالفرق بين الامرين على ما صرح به في الرياض فكل من قال بالمشروعية لدفع منازعة متوقعة
وان لم يكن سابقة كما عليه اطلاق المتقدمة قال بها في الصورة الخالية عن المنازعة مطلقا ولو
كانت متوقعة على ان هذه الصورة من افراد الصلح حقيقة لعدم صحة السلب فظهوره في
غيرها ان سلم غير قادح هنا لان الاستثناء في بعض الاخبار المتقدمة قرينة على ارادة
العموم من الاطلاق فلا يجوز ان يحمل على الفرد الظاهر ثم سلمنا قصور الكتاب والسنة
المتضمنين للتصريح بجواز الصلح عن افادة المدعى لكن يمكن اثباته بعموم قوله تعالى اوفوا
بالعقود كما نبه عليه في الرياض وغيره وقوله ص المؤمنون عند شروطهم ولا يرد عليهما
المناقشة المذكورة المتقدمة قطعا ومنها ويعضده جملة من الاخبار منها خبر محمد
بن مسلم ومنصور بن حازم عن الصادق عليهما السلام الذين وصفهما بعض الاجلة بالصحة
انهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهم طعام عند صاحبه ولا يدري كل واحد كم له عند
صاحبه فقال كل واحد منهما لك ما عندك ولي ما عندي قال لا باس اذا تراضيا ومنها
خبر الحلبي الذي وصفه بعض الاجلة بالصحة عن ابي عبد الله عليه السلام وغير واحد عن ابي
عبد الله عليه السلام في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح فقال اذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا
باس ومنها خبر آخر للحلبي قد وصفه بعض الاجلة بالصحة ايضا عن ابي عبد الله ع في الرجل
يعطي اقفزة من حنطة معلومة يطحنها بدراهم فلما فرغ الطحان من طحنه نقده الدراهم
وقفيزا منه وهو شيء اصطلحوا عليه فيما بينهم قال لا باس به وان لم يكن ساعره على ذلك
منها اختلف الاصحاب في ان الصلح هل هو عقد مستقل قائم بنفسه وليس

فرعا للغير

فرعا للغير وهو للشرايع والتذكرة والتحرير وعد والدروس واللمعة والتنقيح وكنز العرفان
وجامع المقاصد ولك والروضة ومجمع الفائدة والكفاية والرياض وقد صرح في لف وضه
بانه الاشهر وفي التنقيح وجامع المقاصد والكفاية بانه المشهور وفي الرياض بانه مذهب اكثر
اصحابنا بل عليه كافة المتأخرين منا الثاني انه فرع البيع اذا افاد نقل العين بعوض
معلوم وفرع الاجارة اذا وقع على منفعة معلومة بعوض معلوم وفرع العارية اذا تضمن
اباحة منفعة بغير عوض وفرع الهبة اذا تضمن ملك العين بغير عوض وفرع الابراء
اذا تضمن اسقاط دين وهو المحكي في جامع المقاصد ولك وضه وغيرها عن الشيخ وحكاه
عنه في التنقيح عنه الا انه حكى عنه قولين قائلا للشيخ هنا قولان احدهما انه بيع والاخر
انه فرع عقود خمسة هي البيع والاجارة والعارية والهبة والابراء للقول الاول
وجوه منها ما ظهر من التذكرة من دعوى الاجماع عليه لقوله الصلح عندنا عقد قائم
بنفسه ليس فرعا على غيره بل هو اصل في نفسه منفرد بحكمه ولا يتبع غيره في الاحكام و
يعضده اولا تصريح الرياض بدعوى السرائر الاجماع على ذلك وثانيا الشهرة العظيمة التي
لا يبعد معها دعوى شذوذ المخالف على انه يظهر من مجمع الفائدة منع وجوده ومنها
ما تمسك به في التذكرة من عدم الدليل على تبعيته على الغير والاصل في العقود الاصالة
والارشاد في لف والتنقيح والروضة بقولهم لاصالة عدم الفرعية ومنها ان معظم
العقود اصول لا تتفرع على غيرها فكذا عقد الصلح عملا بالاستقراء ومنها ما تمسك
في الكفاية قائلا بعد الاشارة الى القولين ولعل الاول اقرب لكونه غير البيع فيصح لكونه
تجارة عن تراض وعموم اوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم وقولهم الصلح جائز وكونه
فرعا للغير يحتاج الى الدليل وقد تمسك في لف بالعموم الرابع قائلا لنا قوله الصلح جائز
بين المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا وفي الحسن عن حفص البختري عن الصادق ع
قال الصلح جائز بين المسلمين وقد تمسك بالعموم الثاني في الرياض قائلا الحجة في ذلك

ادلة لزوم الوفاء بالعقود كتابا وسنة ومنها ما تمسك به في التنقيح قائلا ولانه لو كان
بيعا وقرعا لما صح الاجنبي بعضه واللازم بط فكذا الملزوم والملازمة ظاهرة واما بطلان
اللازم فانه يصح مع الجهل والانكار واشار الى ما ذكره في الرياض ايضا ومنها ما تمسك به
في الكفاية من عموم خبر الحلبي الذي وصفه بالصحة عن ابي عبد الله عليه السلام وغير واحد عن ابي
عبد الله عليه السلام في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح فقال اذا كان بطيبة نفس من صاحبه
فلا باس ومنها ما تمسك به في الكفاية ايضا من عموم خبر عمر بن يزيد الذي وصفه بالموثقية
قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن على رجل ضمانا ثم صالح على بعض ما يصالح عليه
قال ليس له الا الذي صالح عليه ومنها ما تمسك به في الكفاية ايضا من خبر آخر لعمر
بن يزيد قد وصفه بالصحة عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا كان للرجل على الرجل دين
فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شيء فالذي اخذ الورثة لهم وما بقي فهو للميت فهو
يستوفيه منه في الاخرة وان هو لم يصالحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو للميت
ياخذه به ومنها ما تمسك به في الكفاية ايضا من خبري محمد بن مسلم ومنصور اللذين
وصفهما بالصحة عن الصادقين عليهما السلام انهما قالا في الرجلين كان لكل واحد منهما طعام
عند صاحبه ولا يدري كل واحد منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه
لك ما عندي ولي ما عندك فقال لا باس بذلك اذا تراضيا وطابت انفسهما والقول
الثاني ما نبه عليه في الروضة قائلا ذهب الشيخ الى انه فرع البيع والهبة والاجارة والعارية
والابراء استنادا الى افادته حيث يقع على ذلك الوجه فليلحقه حكم ما الحق به ثم اجاب
عنه كما في التنقيح وجامع المقاصد وذلك بانه افادة عقد فائدة آخر لا يقتضي الاتحاد كما
لا يقتضي الهبة بعوض فائدة البيع لا يقال اذا افاد الصلح فائدة البيع مثلا كان معناه
البيع حقيقة لعدم تعلق الغرض بين معنييهما حتى فيلزم ان يعتبر فيه ما يعتبر في البيع من
الشروط والاحكام لصدقه حقيقة وهكذا الكلام بالنسبة الى الاجارة والهبة والعارية

والابراء لانا نقول لا نسلم ذلك لعدم صدق البيع حقيقة وصحة سلبه قطعا على انه لو اتحد
معنى لما كان احدهما اصلا والاخر فرعا وهو باطل باعتراف الخصم فتم والمعتمد عندي هو القول
الاول وينبغي التنبيه على امور الاول لو قلنا ان الصلح فرع البيع والاجارة والهبة والعارية
والابراء لزم ان يعتبر فيه جميع ما يعتبر في كل منها من الشرائط اذا افاد فائدته فاذا افاد فائدة
البيع وجب اعتبار الكيل والوزن والعد والذرع وعدم الجهالة في العوضين والتقابض في
المجلس والخيارات بعد تحقق اسبابها وغير ذلك ولا يلزم ذلك على المختار وقد نبه على
ذلك في التذكرة وكذلك في مجمع الفائدة والكفاية وقد يتبين بما ذكر فائدة البحث في
هذه المسئلة الثاني على المختار هل يفيد الصلح فائدة كل عقد عدا النكاح ويختص با
لعقود الخمسة التي تقدم اليها الاشارة او يختص بالبيع الاقرب عندي هو الاول والظاهر
انه متفق عليه بين القائلين بالمختار منهل يصح الصلح مع الاقرار والانكار
كما صرح به في الخلاف والمراسم والنافع والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة
والدروس والتنقيح وكنز العرفان وجامع المقاصد وكذلك وضه ومجمع الفائدة والكفاية والرياض
وصرح بصحته مع الانكار في الغنية ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها ان
العلامة في التذكرة نسب ذلك الى علمائنا قائلا يصح الصلح على الاقرار والانكار معا سواء
كان المدعى دينا او عينا عند علمائنا اجمع وتبعهما وثالثها تصريح الغنية بان الصلح جائز
مع الانكار بدليل اجماع الطائفة ورابعها تصريح الخلاف وجامع المقاصد وضه بانه يصح
الصلح مع الانكار عندنا وخامسها تصريح التنقيح بان صحة الصلح مع الاقرار والانكار مما اتفق
به الاصحاب وقال لا اعلم فيه منازعا وسادسها تصريح لك بان صحته مع الامرين موضع وفاق وخامسا
تصريح مجمع الفائدة بان صحته مع الامرين مذهب الاصحاب وسادسها تصريح الكفاية
بان صحته مع الامرين مما لم يعرف فيه خلافا وسابعها تصريح الرياض بان صحته مع الامرين
مما لا خلاف فيه بيننا ومنها ما تمسك به في الخلاف والغنية والتذكرة والتنقيح من

عموم قوله تعالى الصلح خير وبعضه قوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله المؤمنون عند شروطهم
ومنها ما تمسك به في الغنية والتذكرة والتنقيح من الاخبار المتقدمة المصرحة بان الصلح جائز
بين المسلمين واشار الى العمومات المذكورة في لك وجمع الفوائد والرياض قائلين يدل
على صحته مع الانكار اطلاق النصوص الدالة على صحته وعموم الادلة ومنها ما تمسك به
في الخلاف قائلا وروى عنه انه قال كل مال وقى الرجل به عرضه فهو صدقة فيجب ان يكون ما بذله
المدعى عليه جائزا او يكون صدقة لانه قصد به وقاية عرضه ومنها ما تمسك به في التذكرة
من ان الصلح سبب لاسقاط الخصومة فجاز مع الانكار كالابراء والصلح مع الاجنبي ومنها
ما تمسك به في كره ايضا من ان الصلح وضع لقطع التنازع وهو انما يتحقق مع المخالفة بين
المتداعيين بان ينكر احدهما ما ادعاه الآخر فلو لم يصح صلح الانكار انتفت اعظم فوائد
الصلح وينبغي التنبيه على امور الاول لا فرق في ذلك بين ان يكون المدعى به دينا او عينا
كما صرح به في التذكرة وهو ظاهر ما عداها من الكتب المتقدمة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما
نبه عليه في كره الثاني لا فرق في ذلك بين سبق النزاع وعدمه كما صرح به في عد وس
وضه وهو ظاهر اطلاق ما عداها من الكتب المتقدمة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما يستفاد
من الكتب المذكورة الثالث صورة الصلح مع الاقرار ظاهر كما صرح به في لك وصرح كما في كره
بان صورته مع الانكار ان يدعى شخص على غيره دينا او عينا فينكر المدعى عليه فيصالحه على
مال آخر او على بعض المدعى به او على غير ذلك من منفعة وغيرها الرابع المراد بصحة الصلح
مع الانكار صحته بحسب الظاهر كما صرح به في التحرير وجامع المقاصد ولك والكفاية واما
بحسب نفس الامر فلا يستبيح كل منهما ما وصل اليه بالصلح وهو غير محق حيث لا يكون المحق
راضيا بالصلح باطنا بل انما يكون قصده دفع المكابرة عنه وقد صرح بذلك في التحرير وعد
وس وجامع المقاصد ولك وضه والكفاية والرياض ولهم وجوه منها الاصل ومنها
عموم نفي الضرر ومنها انه اكل مال بالباطل ولا يعد تجارة عن تراض بيع اكل مال الغير

فيكون منهيا

فيكون منهيا عنه لعموم قوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الآية وقد نبه على ذلك في لك
فاذا انكر المدعى عليه وهو مبطل فيكون المدعى محقا واقعا المدعى به والحق انه ثابت في ذمته
وصولح على قدر بعض ما عليه في الواقع او بعض العين او بمال آخر لم يستبح المنكر ما بقي
لدين مال المدعى لا عينا ولا دينا حتى لو كان قد صالح عن العين بمال آخر فهي باجمعها في يده
مغصوبة ولا يستثنى له منها مقدار ما دفع كما صرح به في لك وضه والكفاية والرياض ونبه
عليه في عد والتحرير وجامع المقاصد ولهم بعد ظهور الاتفاق عليه وجوه احدها ما تمسك
به في لك وضه من فساد المعاوضة وثانيها ما تمسك به في الكفاية والرياض وغيرهما
من خبر علي بن ابي حمزة الذي وصفوه بالصحة عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا كان للرجل دين
فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شيء فالذي اخذته الورثة لهم وما بقي فهو للميت يستوفيه
في الآخرة فان هو لم يصالحهم على شيء حتى مات ولم يقض عنه فهو كله للميت يأخذه به
ومنها ما تمسك به في الرياض وغيره من خبر علاء مولى ... عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح
على بعض ما صالح عليه قال ليس له الا الذي صالح عليه ثم صرح بان في معنى هذه الرواية
وما تقدمها اخبار اخر وصرح في التحرير والدروس وضه والرياض بانه يستبيح المدعى المحق
ما يدفع اليه المنكر صلحا وزاد في التحرير فصرح بانه لا فرق في ذلك بين ان يكون المدفوع
من جنس المدعى به او غيره ولا بين ان يزيد على المدعى به او ينقص عنه وعندي في تملك المدعى
لغير الجنس والزائد على المدعى به واقعا نظر لما عرفت من فساد الصلح ولا سبب للتملك
غيره والتقاص هنا وان امكن ان يكون سببا ولكنه يتوقف على نية التقاص مع انه لا يجري في
الزائد واذا رضي المدعى بالصلح باطنا فتبرأ ذمة المنكر ويملك ما يدفع اليه كما نبه عليه
في عد وجامع المقاصد الخامس اذا كان المدعى مبطلا والمنكر محقا في نفس الامر ووقع
الصلح فلا يستبيح المدعى ما صولح به من عين او دين كما نص عليه في لك قائلا وانما
حكم بالصحة بحسب الشرع لاشتباه المحق من المبطل لان هذا كله اكل مال وانما

صالح المحق من المبطل دفعا لدعواه الكاذبة وقد يكون ليستدفع بالصلح ضررا عن نفسه
وماله ومثل هذا لا يعد تراضيا يبيح اكل مال الغير وقد صرح بما ذكرنا من التعليل في الروضة
والرياض ايضا وبعدم استحقاق المدعي هنا شيئا في القواعد والتحرير وجامع المقاصد
والكفاية بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه وان اطلق صحة الصلح مع الانكار في الخلاف والغنية
والمراسم والسرائر والنافع والارشاد واللمعة وكنز العرفان والتنقيح لظهور انصراف
هذا الاطلاق الى غير محل البحث سلمنا ولكن يحتمل ان يكون المراد الصحة بحسب الظاهر
لا مطلقا ولا نسلم مخالفة هذا الاحتمال للظاهر فتامل السادس صرح في الروضة
بانه لو كانت الدعوى مستندة الى قرينة تجوزها كما لو وجد المدعي بخط مورثه ان
له حقا على احد فانكره وصالحه على اسقاطها بمال او شهد له من لا يثبت بشهادته الحق
ولم يكن المدعي عالما بالحق وتوجهت له اليمين على المنكر فصالحه على اسقاطها بمال
او على قطع المنازعة فالمتجه صحة الصلح في نفس الامر لان اليمين حق يصح الصلح على
اسقاطها ومثله ما لو توجهت الدعوى بالتهمة حيث يتوجه اليمين على المنكر فلا يمكن ردها
ويظهر من الكفاية والرياض فيما ذكره والتحقيق ان يقال ان استحق المدعي من المنكر يمينا
في الصورة المذكورة ووقع الصلح على نفس اسقاط اليمين كان ما ذكره حسنا فلا يبطل هذا
الصلح بتبين فساد الدعوى وان وقع الصلح على نفس المدعى فالاقرب صحة الصلح ظاهرا
لا باطنا فقد ظهر فساد الدعوى لما صرح به في جامع المقاصد من ان نفس الامر تابع
لصحة الدعوى وكيف كان فلا ينبغي ترك الاحتياط هنا السابع انما يثبت صحة الصلح
ظاهرا بالنسبة الى من يعلم بالواقع كالمدعي والمنكر معا في بعض الصور وكاحدهما في اخرى واما
من يعلم بانه كاذب فلا يثبت له الصحة مطلقا سواء كان مدعيا او منكرا فليس فساد الصلح
واقعا يستلزم لفساده ظاهرا ولا صحته ظاهرا يستلزم صحته واقعا

منهل

يشترط في صحة الصلح الا ان يكون محللا للحرام ومحرما للحلال فلو ادى الى تحليل حرام وتحريم حلال

كان باطلا

جامع المقاصد

كان باطلا وقد نبه على ذلك في النهاية والغنية والنافع وعد والتحرير واللمعة والتنقيح و
وصه ولك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها
انه صرح في التحرير بدعوى الاجماع عليه قائلا وقد اجمع العلماء كافة على تسويغ الصلح ما لم يؤد
الى تحريم حلال او تحليل حرام ويعضده قول الرياض الصلح مشروع الا ما حرم حلالا او
احل حراما ولا خلاف في صورة الاستثناء ومنها النبويان المتقدمان الصلح جائز بين
المسلمين الا صلحا احل حراما او حرم حلالا ولا يقدح فيهما ضعف السند لانجباره
بفتوى الاصحاب ولم يفسر هذا الشرط ولم يبين المراد منه في النهاية والغنية ويع وفع
والتحرير واللمعة والدروس ولكن حكي في صه ولك والكفاية والرياض تفسير تحليل الحرام
بالصلح على استرقاق حر او استباحة بضع لا سبب لاباحته غيره او على شرب الخمر او احدهما
الخمر ونحو ذلك وصرح في التنقيح بحسن هذا التفسير ومما يظهر من عد لذكره في امثلة
الاستثناء استرقاق الحر واستباحة بضع محرم والمصالحة بخمر او خنزير وصرح في جامع
المقاصد بان الامثلة المذكورة امثلة لتحليل الحرام ولا اشكال في فساد الصلح فيها وقد
صرح في التذكرة بانه لو صالحه على خمر او خنزير او استرقاق حر او استباحة بضع لم يبع ولم
يفد العقد شيئا بل يقع العقد باطلا ويؤيد ما ذكره حكاية بعض الاجلة التفسير المذكور
عن الاصحاب ويلحق بالمذكورات كل محرم بالذات علم بقاء تحريمه وعدم ثبوت الحلية له لا
مع الضرورة كاكل الميتة في المخمصة ويقوم الظن المعتبر شرعا الذي هو اقوى من الظن الحاصل
من العمومات الدالة على صحة الصلح مقام العلم وبالجملة ما ثبت تحريمه شرعا بعلم او ظن لا
يجوز الصلح فيه مع بقائه على التحريم واما اذا ورد عام يقتضي التحريم في جميع الاحوال ويمكن
الصلح فيه ويخصص ذلك العام بغير صورة الصلح ولكن يشترط في ذلك ان يكون
العمومات الدالة على صحة الصلح اقوى من ذلك العام ومما ذكرنا يظهر تفسير تحريم الحلال
كما لا يخفى بانه عكس الاول وحكي في صه ولك والكفاية والرياض تفسيره بان لا يطاء

احدها حليلة او لا ينتفع بماله واستحسن هذا التفسير في التنقيح ايضا وهو جيد في الجملة
وصرح في لك والرياض بان الاستثناء المذكور في الروايات المتقدمة يكون متصلا لان
الصلح على مثل هذا باطل ظاهرا او باطنا وحكيا كما في ضه عن بعض تفسير ذلك بصلح المنكر
على بعض المدعى او منفعته او بدله مع كون احدهما عالما ببطلان الدعوى كما سيجيء تحقيقه ثم
صرحا بان الاستثناء في تلك الروايات يكون منقطعا للحكم بصحته ظاهرا وانما هو فاسد
في نفس الامر والحكم بالصحة والبطلان انما يطلق على ما هو الظاهر ويمكن كونه متصلا نظرا
الى بطلانه في نفس الامر وهذا المثال صالح للامرين معا فانه يحلل الحرام بالنسبة الى الكاذب
ويحرم الحلال بالنسبة الى المحق واستحسن هذا التفسير في التنقيح وفيه نظر والذي يقتضيه
التحقيق الرجوع الى العرف في صدق اللفظين حقيقة فتم **منهل** يصح الصلح مع علم
المتصالحين بما تصالحان عليه ومع جهالتهما به فلا يشترط في صحة الصلح العلم بما يقع عليه
الصلح كما نبه عليه في النهاية والخلاف والغنية والشرايع والنافع والتبصرة والتحرير والتذ
كرة وعد وس وما التنقيح وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض بل لهم
وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها تصريح التذكرة بان ذلك مذهب علمائنا وبعضه
اولا تصريح لك بان الصلح مع جهلهما عقدا بحيث يتعذر علمهما علم جائز عندنا ومنها
تصريح الرياض بان ذلك مما لا خلاف فيه في الجملة ومنها ما تمسك به في الغنية وكره والرياض
من العمومات الدالة على صحة الصلح من قوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله تعالى الصلح خير
وقولهم في روايات عديدة الصلح جائز بين المسلمين ومنها ما تمسك به في التذكرة
ونبه عليه في جامع المقاصد ولك من ان من عليه حق يجهل قدره هو ومالكه ويريد براءة
ذمته والخلاص من ذلك الحق الذي هو مطلوب للعقلاء وجب ان يكون له طريق الى ذلك
ولا طريق الا الصلح فيجب ان يكون سائغا والا لزم الحرج والضيق في الاحكام وهو منفي
شرعا ومنها ما تمسك به في التذكرة ايضا من ان الصلح اسقاط فيصح في المجهول كالطلاق

ومنها

ومنها ما تمسك به في التذكرة ايضا من انه اذا صح الصلح مع العلم وامكان اداء الحق بعينه
فلئن يجوز مع الجهل اولى لانه اذا كان معلوما فله طريق الى التخلص وبراءة ذمة احدهما من
صاحبه بدون الصلح ومع الجهل لا يمكن ذلك فلو لم يجز الصلح افضى الى ضياع المال على تقدير
ان يكون بينهما مال لا يعرف كل واحد منهما قدر حقه ومنها ما تمسك به في لك والكفاية
والرياض من خبري محمد بن مسلم ومنصور بن حازم الذين وصفا بالصحة عن الصادقين
عليهما السلام انهما قالا في رجلين كان لكل واحد منهما طعام عند صاحبه لا يدري كل واحد
منهما كم له عند صاحبه فقال كل واحد منهما لصاحبه لك ما عندك ولي ما عندي فقال
لا بأس بذلك اذا تراضيا وينبغي التنبيه على امور الاول لا فرق في صحة الصلح مع العلم
والجهل بين ان يكون ما يقع عليه الصلح عينا او دينا كما صرح به في الشرايع والنافع والارشاد والتحرير
والتذكرة والتبصرة وعد وهو ظاهر اطلاق غيرها بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه كما نبه عليه في
التذكرة قائلا لا يشترط العلم بما يقع الصلح عنه لا قدرا ولا جنسا بل يصح الصلح سواء علما
قدر ما يتنازعا عليه وجنسه او جهلاه دينا كان او عينا وسواء كان ارشا او غيره عند علمائنا
اجمع الثاني لا يشترط فيما ذكر سبق المنازعة كما صرح به في لك قائلا واعلم ان تقييدنا لا نسلم كونه
المصالح عليه متنازعا فيه غير لازم بل الحكم ثابت في مطلق التصالح وان لم يكن متنازعا فيه مع علمهما
بما يتصالحان عليه وجهلهما به كوارث يتعذر علمه بمقدار حصته وشريكين امتزج مال احدهما
بالآخر بحيث لا يتميز ولا يعلمان قدر ما لكل منهما ونحو ذلك الثالث لا فرق في ذلك
بين ان يكون ما يقع عليه الصلح ارثا او شراء او حقا اخر ماليا يصح الصلح فيها ولا بين ان
يكون المقصود منه فائدة البيع او الاجارة او الهبة او سائر العقود التي يجري فيها الصلح
الرابع لا فرق في صحة الصلح مع الجهل بين ان يكون المجهول مما تضر جهالته في صحة البيع والاجارة
وغيرهما او غيره فلا يشترط في صحة الصلح الذي يقصد به فائدة البيع والاجارة ونحوهما
تعيين الثمن والمثمن جنسا ولا قدرا فلا يشترط التعيين في الكيل بالكيل ولا في

الموزون بالوزن ولا في المذروع بالذرع ولا في المعدود بالعد ولا في المخروص بالخرص في محله
مما يشترط في صحة البيع والاجارة وغيرهما من التعيينات فلا يشترط في الصلح بل يصح
مطلقا ولو مع الجهالة الغير المغتفرة في العقود المشار اليها كما هو ظاهر اطلاق المعظم
بل لم اجد فيه خلافا وهل يصح الصلح على الكلي المبهم من جميع الجهات كشيء ونحوه مما
صدق عليه الاسم حقيقة قليلا كان او كثيرا جليلا كان او حقيرا اولا فيه اشكال فالاحوط
الترك ولكن احتمال الصحة في غاية القوة لعموم اكثر الادلة ومعظم فتاوى اصحابنا
الاجلة وهل يصح الصلح على المشتركات اللفظية من الاعلام الشخصية والجنسية واسماء
الاجناس من غير معرفتهما المراد فيه اشكال فالاحوط الترك بل لزومه في غاية القوة لان الجهالة
الوفاء بمقتضى العقد فتامل فكل جهالة في الصلح اذا لم يحكم العقل باقتضائه فساد العقد
فهي غير موجبة لفساده للعمومات السليمة عن المعارض مع اعتضادها بفتوى المعظم
وان فرض اقتضاء العقل فساد العقد بجهالة كان اللازم العمل به فتامل الخامس هل
يختص صحة عقد الصلح مع الجهالة المفسدة للبيع والاجارة بصورة تعذر رفعها فمع امكانه
ولو بالتاخير الى مدة لا يصح ولا بل يصح معها ولو حصل التمكن من رفعها حالا في غاية السهولة
اختلف الاصحاب في ذلك على اقوال الاول ان الجهالة لا تفسد عقد الصلح مط ولو حصل
القدرة على رفعها باعتبارات الكيل والوزن والعد والذرع والمشاهدة والخرص
وهو لظاهر اطلاق النهاية والخلاف والغنية ويع والتبصرة والتذكرة والارشاد والتنقيح
وجامع المقاصد والكفاية وصرح في الرياض بان مقتضى الاطلاق عبائر كثير من الاصحاب
الثاني ان الجهالة مفسدة مع التمكن من رفعها مط وهو لظاهر التحرير الثالث ان الجهالة
مفسدة مع التمكن من رفعها الا اذا كان جهلها بقدره لتعذر المكيال والميزان ومست
الحاجة الى نقل الملك فيصح الصلح ح من غير اعتبارات الكيل والوزن والتاخير الى وقت الامكان
منهما وهو للدروس والتنقيح ولك والرياض والمسألة محل اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط

فيما

فيما باعتبار القول الثاني ولكن القول الاول هو الاقرب لوجوه منها ظهور عبارة التذكرة
المتقدم اليها الاشارة في دعوى الاجماع على صحة الصلح مع الجهالة ونفي اشتراط العلم بما يقع عليه
الصلح مط ويعضدها ظهور مصير المعظم الى ما ذكره كما اعترف به في الرياض لا يقال
يعارض ما ذكر بقبح مجهول الفائدة بان الظاهر انه لا نزاع في لزوم معلومية ما يقع عليه لانا
نقول لا نسلم صلاحيته ما ذكره لمعارضة ما ذكر من وجوه عديدة لا تخفى ومنها عموم
قوله تعالى اوفوا بالعقود ومنها عموم الاخبار المصرحة بان الصلح جائز بين المسلمين الا
صلحا احل حراما او حرم حلالا لا يقال الصلح مع الجهالة من المستثنى لا من المستثنى منه
لانا نقول لا نسلم ذلك بل هو من المستثنى منه كما لا يخفى ومنها عموم ما تقدم من
صحيحتي محمد بن مسلم ومنصور بن حازم الناشئ من ترك الاستفصال ومنها ان الصلح
لو كان يفسد بالجهالة لورد التنبيه عليه وعلى لزوم اعتبار التعيين المعتبر في الاخبار
وكلام قدماء اصحابنا الابرار لتوفر الدواعي على ذلك وشدة الحاجة اليه وبطلان التالي
في غاية الوضوح فالمقدم مثله ومنها ان الصلح لو اشترط فيه ما يشترط في صحة البيع والاجارة
من التعيينات لم يكن في شرعيته كثير فائدة لان الفائدة التي تحصل منه على هذا التقدير
تحصل من غيره اتفاقا والتالي باطل لما نبه عليه في التنقيح فان في الصلح نفع عظيم اذ به قطع
النزاع يحصل تمام نظام النوع وفوائد المعاش فلذلك وصفه سبحانه بانه خير اي خير عظيم
والسعي فيه لاصلاح ذات البين فيه اجر جزيل قال صلى الله عليه وآله اصلاح ذات البين
افضل من عامة الصلاة والصيام لا يقال الفائدة العظيمة المقصودة من شرعية الصلح تحصل
بجوازه مع الجهالة في صورة تعذر رفعها لانا نقول هذه الصورة في غاية الندرة والنادر
كالمعدوم فلا يناسب ان يجعل الفائدة العظيمة ما ذكرتم ومنها ان المستفاد من الايات
والاخبار الكثيرة ان مبنى الشريعة على التوسعة الكاملة حتى انه ورد ان الدين اوسع ما
بين السماء والارض ومن الظاهر ان عدم اشتراط رفع الجهالة في الصلح اوفق بالمعنى

المذكور من اشتراطه فيه كما لا يخفى ثم وقفنا شاداً الى ما ذكر في مجمع الفائدة لا يقال يعارض جميع
ما ذكر عموم النهي عن الغرر اذ مع الجهالة يتحقق الغرر باعتبار الزيادة والنقيصة والتعارض
بينه وبين العمومات الدالة على اصالة صحة الصلح من قبيل تعارض العمومين وهو اولى بالترجيح
منها لاعتضاده بعموم نفي الضرر وبالاعتبار وبان الاصحاب يحتجون به على دلالة الصحة في
كثير من المعاملات المختلفة كالبيع والاجارة ونحوهما من المعاملات المفيدة سلمنا
المساوات ولكن معها يبقى اصالة الفساد وعدم الصحة سليمة عن المعارض وقد نبه على هذا
وما تقدم من وجوه الترجيح في الرياض لانا نقول ما ذكر لا يصلح للمعارضة اما اولاً
فلانا لم نجد في الكتاب والسنة ما يقتضي عموم النهي عن الغرر الا رواية نبوية مرسلة وهي لا تصلح
للحجية لما بيناه في المفاتيح من عدم حجية امثال هذه المراسيل لا يقال هي متلقاة عند الاصحاب
بالقبول لاستنادهم اليها في موارد عديدة والمرسل وغيره من الخبر الضعيف اذا كان متلقى
بالقبول كان حجة لانا نقول لا نسلم ان جميع الاصحاب تلقوها بالقبول بحيث يحصل العلم
او الظن بصدورها عن النبي صلى الله عليه وآله نعم استند اليها جماعة من الاصحاب في موارد
وذلك بنفسه لا يكون حجة خصوصاً مع احتمال كون الاستناد اليها من باب التاييد لا الا
ستدلال او من باب الزام الخصم بما يقول به سلمنا صحتها واعتبار سندها ولكنها قاصرة
الدلالة عن افادة المدعى لانصراف اطلاقها الى الغرر المعلوم ومن الظاهر ان الغرر هنا غير
معلوم بل هو محتمل لامكان عدم وقوع الزيادة والنقيصة بحسب الواقع في الصلح الذي فيه
جهالة فلا ينصرف اليه الاطلاق سلمنا انصراف الاطلاق الى الغرر المحتمل ايضاً ولكن عليه يلزم
الاجتناب عن كل ما يحتمل فيه الغرر من باب المقدمة وهو لا يقتضي فساد المعاملة التي
احتمل فيها الغرر ابتداء ثم تبين بعدها عدم تحقق الغرر واذا صح الصلح ح باعتبار العمومات
الدالة على صحته مع الجهالة مط لعدم القائل بالفصل بين افراد الصلح الذي فيه الجهالة
من هذه الجهة والمعارضة بالمثل وان امكن الا ان المثبت للصحة والناقل عن حكم الاصل

اولى

اولى منها فالى وجوه اخر من الترجيح على ان النهي في المعاملات لا يقتضي الفساد فلو فرض تعلق نهي
النهي بنفس الصلح المفروض لم يلزم منه فساده لانا نقول لا قائل بالفصل بين الحرمة والفساد
هنا فيلزم من ثبوت الاول الثاني ولكنه محل اشكال وعلى تقدير التسليم فهو انما يتجه لو حمل
النهي على حقيقته واما على تقدير حمله على الكراهة فلا يخفى وهو وان كان خلاف الاصل
الا انه ينبغي المصير اليه لعدم ثبوت حرمة الغرر مطلقاً لانه قد ثبت جواز البيع مع الغرر
في صورة تحقق الغبن والعيب وتخلف الوصف ولا نسلم اولوية التقييد على المجاز سلمنا
ولكن التقييد هنا يستلزم التقييد في العمومات الدالة على صحة الصلح ولا كذلك الامر اذا
حمل هذا النهي على الكراهة ومن الظاهر ان ارتكاب مجاز واحد اولى من ارتكاب تقييدات
عديدة سلمنا المساوات لكن معها يسقط الاستدلال بالروايات على المدعى لا يقال
انها كما يسقط ذلك كذلك يسقط الاستدلال بالعمومات الدالة على صحة الصلح على صحته
هنا فيبقى الاصل سليماً عن المعارض ولكن قد يقال العمومات هنا ابعد لاعتضادها بالشهرة
ثم على انه قد يدعى ان جواز الغرر في البيع وصحته معه في صورة الغبن والعيب يستلزم
جواز الصلح مع الجهالة التي يحتمل معها الغرر بطريق اولى ثم واما ثانياً فللمنع من ان عموم
نفي الضرر يعاضد عموم النهي عن الغرر للمنع من تحقق الضرر هنا سلمنا ولكنه ضرر اقدم
المتصالحان عليه لحكمة وفائدة ولا نسلم انتفاء هذا الضرر فتامل واما ثالثاً فللمنع من
اعتضاد عموم النهي عن الغرر بالاعتبار اذ العقل لا مدخلية له في هذه الاحكام التعبدية
على ان الاعتبار يعاضد العمومات الدالة على الصلح المفروض كما لا يخفى واما رابعاً فللمنع
من ان الاصحاب احتجوا بعموم النهي عن الغرر على عدم الصحة في كثير من المعاملة واما خامساً
فلان العمومات الدالة على صحة الصلح اولى بالترجيح هنا لكثرتها وقطعية سند بعضها باعتبار
كونه من الكتاب وتواترها لاطلاق كثير من الاصحاب واعتضادها بجملة من الوجوه
المتقدم اليها الاشارة السادس لو قلنا بتوقف صحة الصلح على رفع الجهالة مع التمكن منه

فهل يشترط فيها جميع ما يشترط في المعاملة التي يقصد بها الصلح فائدتها من التعيين فيشترط التعيين العلم
المعتبر في البيع من الكيل والوزن والعد والذرع والخرص اذا قصد بالصلح فائدته او لا بل يكتفي
بما يقع عليه الصلح في الجملة اما بوصفه او بمشاهدته فلا يحتاج في المثل المذكور الى الكيل والوزن
الوزن ومعرفة اجزاء الكرباس والقماش والثياب وذوق المذوقات وغير ذلك مما هو
معتبر في البيع صرح بالاخير في مجمع الفائدة محتجا بالاصل وبعموم دليل واضح على اشتراط غير
ذلك وبعموم ما دل على صحة الصلح وبان الصلح شرع للسهولة والارفاق بالناس ليسهل برادة
ذمتهم فلا يناسبه التضييق وبان الصلح مبني على المسامحة والمساهلة ثم صرح بانه يؤيد ذلك
تجويز الجهالة عند تعذر معرفتها فان ذلك لا يجوز في البيع عندهم قيل وربما يظهر من الارشاد
الموافقة له لقوله ويكفي المشاهدة في الموزون وما صار اليه هو الاقرب وربما يظهر من التذكرة
الاول لقوله الاصح انه يشترط العلم بالعوض ان امكن وهو ضعيف ولكنه احوط خصوصا على
القول بفرعية الصلح لغيره من العقود بل يلزم في الحكم بتوقفه على جميع ما يتوقف عليه البيع و
الاجارة ان قصد به فائدتهما كما صرح به في مجمع الفائدة التاسع اذا كان من عليه الحق عالما
بما يقع الصلح عليه كما وكيفا وبجميع ما يعتبر في صحة البيع والاجارة والاخر جاهلا بجميع ذلك
فهل يجب على العالم اعلام الجاهل بذلك او لا صح بالاول في الخزيرة للدروس وجامع المقاصد
وهو احوط ولكن في لزومه اشكال ان اريد من الوجوب معناه المتعارف وهو مجرد
ترتب العقاب على الترك للاصل السليم من المعارض من الادلة الا بعيد ما اما فتوى هؤلاء
الجماعة في نفسها لا تصلح للحجية خصوصا على القول بعدم حجية الشهرة فالاقرب عدم الوجوب
بهذا المعنى وان اريد منه كون الاعلام شرطا في صحة الصلح ح فهو مشكل للعمومات الدالة على صحة
الصلح السليمة هنا من المعارض من الادلة المعتبرة نعم قد يحكم بفساد الصلح في بعض صور المسئلة
ولكن مجرد ذلك لا يصحح اطلاق كلامهم وكيف كان اذا كان من عليه او عنده الحق العالم
به كما وكيفا اعلام الاخر المالك الجاهل بالامر وصالحه بمبلغ معين هو ثمن يسير لها

فان كان

فان كان هذا الجاهل يرضى بهذا الصلح ظاهرا وباطنا ولو فرض زيادة ماله مراتب عما وقع الصلح
عليه من المال الذي دفعه اليه من عليه او عنده الحق فهذا الصلح يكون صحيحا ولا نه ما ظاهرا
وباطنا فليس له الرجوع على من عليه الحق العالم به بعد ظهور الواقع وكون زيادة ما دفعه من عليه
وقد صرح بذلك في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض ولهم
وجوه احدها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من هذه الكتب لعدم اشارتها الى الخلاف و
الاشكال في ذلك ومنها العمومات المتقدمة الدالة على صحة الصلح المؤيدة بقوله تعالى
الا ان تكون تجارة عن تراض وبقوله صلى الله عليه وآله لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه ومنها
ما تمسك به في الكفاية والرياض وغيرهما من رواية الحلبي التي وصفاها بالصحة عن ابي
عبد الله عليه السلام في الرجل يكون عليه الشيء فيصالح قال اذا كان بطيبة نفس من صاحبه فلا باس
وان كان هذا الجاهل لم يرض بهذا الصلح الا لعدم ظهور كذب العالم المدعي واحتمال
صدقه فلو فرض ان ذلك المال ازيد مما دفعه اليه من عليه او عنده الحق لم يرض بهذا
الصلح فان كان ما دفع اليه الذي وقع عليه العقد يساوي ماله او يزيد عليه فالصلح صحيح
ظاهرا وباطنا ايضا ولا يكون جهل المالك قادحا في الصحة كما نبه عليه في المسالك ومجمع الفائدة
والكفاية والرياض وربما يظهر من التذكرة وجامع المقاصد عدم صحة الصلح ح وهو
ضعيف للعمومات الدالة على صحة الصلح مع سلامتها عن المعارض وان كان المدفوع اقل
من المال المستحق كما لو علم شخص بشغل ذمته بمائة مثلا فصالحه على الاقل كالعشرة فلا
يفيد هذا الصلح باطنا اسقاط الباقي عمن عليه الحق وبراءة ذمته عن جميع الحق ان كان
دينا ولا تمليكا لو كان عينا فيكون باطلا باطنا بالنسبة الى هذه الزيادة فللمالك الجاهل
اخذ بقية المال بعدما انكشف الواقع فلا ينقص من حقه شيء وقد صرح بذلك في كرة
والتحرير وعد والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض ولهم
وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من هذه الكتب لعدم اشارتها الى الخلاف

فدخل
ولا اشكال في ذلك ومنها ما تمسك به في التذكرة قائلا لان ذلك اكل مال بالباطل
تحت النهي ومنها ما تمسك به في التنقيح قائلا لان ذلك من قسم ما احلّ الحرام ومنها
ما نبه عليه بعض الاجلة من ان هذا الصلح غرر فيكون منهيا عنه ومنها ما تمسك به
في جامع المقاصد قائلا لعدم العلم بالرضا الباطني ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة
قائلا لان دليل الصحة مع الجهل مخصوص بصورة الجهل الذي تقدم ومنها ما تمسك
به في التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض
من خبر علي بن ابي حمزة قال قلت لابي الحسن عليه السلام رجل يهودي او نصراني كانت له
عندي اربعة الاف درهم فهلك ايجوز لي ان اصالح ورثته ولا اعلمهم كم كان قال لا يجوز حتى تخبرهم
لا يقال هذه الرواية ضعيفة السند باشتراك الراوي بين الثمالي الثقة والبطائني
الضعيف فلا يصلح للاعتماد عليها لانا نقول هذا الايراد غير وجيه اما اولا فلما نبه عليه
في الرياض من انجبار ضعف سند هذه الرواية بتضمنه ابن ابي عمير المجمع على تصحيح رواياته
مضافا الى مشاركة الراوي له في الاجماع على تصحيح رواياته كما حكي ولعله الى هذا اشار في
مجمع الفائدة بقوله ولا يضر ضعف علي بن ابي حمزة بانه البطائني الواقفي المردود لانه الذي
يروي عن ابي الحسن عليه السلام دون الثمالي واما ثانيا فلانجبار الضعف على تقدير تسليمه
بظهور الاتفاق المتقدم اليه الاشارة ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة من خبر عمر بن
يزيد الذي وصف فيه وفي غيره بالصحة عن ابي عبد الله عليه السلام قال اذا كان للرجل على الرجل
دين فمطله حتى مات ثم صالح ورثته على شيء فالذي اخذ الورثة لهم وما بقي فللميت
يستوفيه منه في الاخرة ومنها ما تمسك به بعض الاجلة من خبر اخر لعمر بن يزيد قد وصفه
بالموثقية قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح على بعض ما ضمن قال ليس له
الا الذي صالح عليه لا يقال يعارض هذه الاخبار رواية الحلبي المتقدمة لانا نقول
هذه الرواية لا تصلح لمعارضة تلك الاخبار من وجوه عديدة فيلزم الحكم بفساد الصلح

باطنا

باطنا وان كان ظاهرا فيلزم الحكم بصحته كما صرح به في الرياض وحكاه بعض الاجلة عن المحقق الثاني
والشهيد الثاني فحكم به على كل واحد منهما انه لا يجوز لهما الخروج من مقتضاه ظاهرا لعدم العلم
بكون من عليه الحق مبطلا في صلحه خادعا فيه واحتمال كونه محقا فيكون حاله مشتبها فلا يكون
صلحه باطلا في الظاهر وان كان على مجهول نعم لو انكشف حاله ظاهرا بعد الصلح بحيث علم
مقدار المدعى عنه بازيد مما صالح عليه ولو بالاستفاضة والقرائن الحالية والشواهد الخا
او اعترف هو بذلك او شهد به العدلان اتجه بطلان الصلح ح ظاهرا ايضا ووجب عليه
تسليم المدعى ظاهر الظهور تشغل ذمته وبطلان المعاوضة ظاهرا وباطنا وقد صرح بجميع
ما ذكر في الرياض ولا يحكم بانكشاف الواقع وكذا بمجرد الاستفاضة الظنية وبغيرها من
الامور المفيدة كشهادة العدل وشهادة الفساق وشهادة امرأتين وغير ذلك مما لا
يكاد يحصى وهل يعد ظهور فساد الصلح باطنا يحكم بفساده باطنا مطلقا ولو بالنسبة الى
القدر الذي ادعى من عليه الحق فيكون وجوده كعدمه ولا يترتب عليه اثر اصلا او لا يحكم
بالفساد الا بالنسبة الى الزائد عن ذلك المقدار فالصلح بالنسبة اليه صحيح فيه نظر من الاكثر
الاول ومن نادرية الاخبار والمسلك بمحل اشكال ولكن القول الاول هو الاقرب الثامن ان
المستحق عالما بقدر الحق والغريم جاهلا به ويريد التخلص منه فان دفع الصلح على قدر الحق او دون
صح كما صرح به في ذلك وصرح به في الرياض مدعيا عليه الاجماع وان وقع على الزائد على الحق
فان رضي به الغريم مطلقا ولو مع انكشاف الواقع وتبين هذه الزيادة صح ايضا لان العبرة
ح في الحقيقة بالرضا الباطني وان لم يرض به الا لاعتقاده عدم الزيادة لم يصح
باطنا وصح ظاهرا كما صرح به في ذلك والرياض وهو ظاهر عد والتحرير وجامع المقاصد التاسع
لو كان له مال واراد نقله الى غيره وكان عالما بقدره دون ذلك الغير ونقله الى ذلك الغير
بعقد الصلح من غير تبيين المقدار فالحق صحة الصلح هنا وكذا في عكسه وهو كون المالك
جاهلا بمقدار ماله والغير عالما به للعمومات الدالة على صحة الصلح مع سلامتها عن المعارض

هنا لاختصاص النص والفتوى منه بغيرها المفروض كما لا يخفى **مسئلة** لا اشكال في كون الصلح
من العقود المتوقفة على رضاء الطرفين والمشتملة على الايجاب والقبول وقد صرح بكونه عقداً
في الشرائع والتحرير وكره وعد ولك وكنز العرفان والتنقيح والكفاية والرياض بل الظ
انه مما لا خلاف فيه وقد صرح في التذكرة بانه مذهب علمائنا وحكى في الرياض عن السرائر
دعوى الاجماع عليه فلا يجري الصلح في الايقاعات كلها ولا اشكال في صحة هذا العقد
اذا كان الايجاب والقبول بلفظين عربيين غير ملحونين متقاربين عرفا وهل يشترط
اللفظ فيه فلا يكفي المعاطاة والافعال الدالة على المراد او لا لم اجد احدا تعرض لهذه المسئلة
الا المقدس الاردبيلي فانه نبه عليها قائلا في مجمع الفائدة ثم اعلم ان ظاهرهم اشتراط الصيغة
الخاصة للايجاب والقبول والمقارنة كما في ساير العقود فانه عقد لازم والبحث في جواز
المعاطاة واكتفوا بالاشارة ولم ينبهوا الكلام هنا والاقرب عندي صحة المعاطاة هنا
لانها يشملها عموم العمومات الدالة على صحة الصلح وهي هنا سالمة عن المعارض ويقوى
ما دل على جوازها في البيع لانه اكثر شروطا واضيق مدخلا فاذا ثبت فيه لزم ثبوتها في
الصلح الذي مبناه على السهولة والتوسعة وللسيرة المستمرة بين المسلمين من عدم الالتزام
بمراعاة الصيغة وتركها غالبا ثم قد يشكل الفرق بين المعاطاة الخالية عن الايجاب و
القبول اللفظيين في الصلح وبين المعاطاة في البيع والهبة المعوضة فتم وكيف كان فمراعاة
اللفظ في الايجاب والقبول هنا احوط وعلى تقدير كونه شرطا فهل يعتبر فيه العربية
وعدم اللحن اولا الاقرب الثاني لعدم اشتراط ذلك في عقد البيع فلا يشترط
في الصلح ايضا لما تقدم اليه الاشارة وللعمومات المتقدمة وهل يشترط المقارنة بين
الايجاب والقبول وتقدم الاول على الثاني اولا الاقرب الثاني للعمومات المتقدم
اليها الاشارة الخالية عن المعارض لخلو النصوص والفتاوى عن الحكم بالامرين ولكنهما
احوط وينبغي التنبيه على امور الاول عقد الصلح عقد لازم من الطرفين كعقد البيع

فلا يجوز

فلا يجوز لكل من الموجب والقابل الفسخ اقتراحا وحيثما شاءا وقد صرح بكونه من العقود
في المراسم والشرائع والنافع والارشاد والتحرير وعد والتبصرة والدروس ومجمع الفائدة و
الكفاية والرياض وغيرهم وحجة منها ظهور اتفاق القائلين بكونه عقدا مستقلا و
ليس فرعا على غيره عليه كما نبه عليه في لك ومجمع الفائدة ومنها انه حكى في الرياض
عن بعض الاصحاب دعوى الاجماع على ذلك قائلا هو عقد لازم من طرفيه مطلقا على
الاقوى وفاقا لاكثر اصحابنا بل عليه كافة المتاخرين منا بل عن التذكرة والسرائر عليه
اجماعنا وهو الحجة ومنها ما تمسك به في لك ومجمع الفائدة والرياض من عموم قوله تعالى
اوفوا بالعقود ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة من ان الاصل في العقود اللزوم و
منها ما تمسك به في الكفاية من عموم ما دل على وجوب الوفاء بالشروط الثاني لا
فرق في ذلك بين ان يقصد بالصلح فائدة العقد اللازم كالبيع والاجارة او العقد
الجائز كالعارية والهبة على بعض الوجوه كما يظهر من اطلاق يع وفع والتبصرة والارشاد
والتحرير وعد والدروس وهو واضح على المختار من كونه عقدا مستقلا قائما بنفسه
واما على القول بالفرعية فينبغي ان يكون لازما اذا كان فرعا لعقد لازم كالمثالين
الاولين المذكورين وجايزا اذا كان فرعا لعقد جايز كالمثالين الاخيرين المذكورين
وقد صرح بما ذكر في لك ومجمع الفائدة والكفاية الثالث اذا تقايلا واتفقا على فسخه
برضاهما جاز الفسخ فان الاقالة هنا جائزة كما في البيع وقد صرح بذلك في الشرائع وفع
والتبصرة والارشاد والتحرير والقواعد وس ولك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض
وغيرهم وحجة منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى
خلاف ولا اشكال في ذلك ومنها انه صرح في مجمع الفائدة بدعوى الاجماع قائلا ولعل
وجه الابطال بالتراضي والتقايل الاجماع وبعضده تصريح الرياض بانه لا خلاف فيه
ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة قائلا ولعل وجه الابطال بالتراضي انه اكل مال بطيب

نفس وتجارة عن تراض وقد احتج بما ذكره في الرياض من ادلة استحباب الاقالة وهل يتوقف
الفسخ على لفظ او لا بل يكفي مجرد القصد لا قربها الثاني لاطلاق الفتوى وعموم الادلة
تنبيه اذا اصطلح الشريكان عند انتهاء الشركة وارادة القسمة على ان يكون الربح
والخسران على احدهما وللآخر رأس ماله ولم يعلما بتحقق الامرين صح هذا الصلح كما نص عليه في النهاية
ويه ودقع والتبصرة والتحرير وعقد والارشاد والتذكرة وشرح اللمعة والتنقيح وجامع المقاصد
والمسالك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه
كما نبه عليه في الرياض قائلا لا اختلاف في ذلك ومنها ما تمسك به في التذكرة والتنقيح
والرياض من العمومات الدالة على صحة الصلح ومنها ما تمسك به فيها وفي التحرير و
جامع المقاصد وغيرها من خبر ابي الصباح الكناني الذي وصف بالصحة في التذكرة و
التحرير والدروس وجامع المقاصد ومجمع الفائدة والكفاية وغيرها عن الصادق عليه السلام
في رجلين اشتركا في مال فربحا فيه ربحا وكان من المال دين وعليهما دين فقال احدهما
لصاحبه اعطني رأس المال ولك الربح وعليك التوى فقال لا بأس اذا اشترطا فان
كان شرطا يخالف كتاب الله فهو رد الى كتاب الله عز وجل وروى هذه الرواية بطرق عديدة
ومتون مختلفة كما نبه بعض الاجلة قائلا والاصل في هذا الحكم ما في الصحيح او الحسن
عن ابي عبد الله ع ثم ساق الرواية ثم اشار الى الطرق قائلا ورواه في التهذيب الا انه قال
وكان من المال دين وعين ولم يقل وعليهما دين ورواه في التهذيب بسند آخر عن الحلبي عن
ابي عبد الله ع مثله الا انه قال وكان المال دينا ولم يذكر العين ولا عليهما دين ورواه
في التهذيب بسند آخر عن داود الابزاري عن ابي عبد الله ع الا انه قال وكان المال دينا وعينا
وقد وصف في التحرير والتنقيح والكفاية رواية الحلبي بالصحة لا يقال ليس في هذه الرواية
دلالة على ان ما فعله الشريكان كان من باب الصلح فلعله من باب آخر لانا نقول هذا
الايراد ضعيف اما اولا فلان ترك الاستفصال في الرواية يقتضي شمول الصلح وهو

كاف

كاف في اثبات جوازه واما ثانيا فلان كثيرا من الاصحاب فهموا من الرواية الصلح والخطاء في الفهم من مثلهم
في غاية البعد واما ثالثا فلان الظاهر عدم الشك في الرواية الصلح كما لا يخفى وينبغي التنبيه على
امور الاول هل يتوقف صحة الصلح المفروض على جهالة المتعاقدين عند ارادة القسمة
بالربح والخسران فلو علما او احدهما باحد الامرين لم يصح ولا صح في التنقيح بالاول محتجا بانه مع العلم
يكون الصلح من قسم ما احل الحرام فلا يكون صحيحا وفيه نظر فاني لم اجد احدا وافقه فيما فصله
بل من عداه من الاصحاب اطلقوا الحكم بالصحة في هذه المسألة كالرواية الا ان يمنع من شمول هذا
الاطلاق لصورة العلم خصوصا اذا علم لكل منهما فيكون القدر المتيقن من النص والفتوى في
الحكم بالصحة هو صورة جهلهما فيحكم في غيرها بالفساد عملا بالاصل الا ان يدفع بالعمومات الدالة
على صحة الصلح وقد يتأمل في شمولها لصورة علمهما بل ولصورة علم احدهما الا ان القصد بمعنى
العقد شرط في صحته قطعا وهو مع العلم غير ممكن المتحقق تم وكيف كان فترك هذا
الصلح في صورة العلم مطلقا احوط بل احتمال فساده فيها لا يخلو عن قوة الثاني هل يشترط
في صحة الصلح المفروض كون بعض المال دينا وبعضه عينا او لا بل يجوز ولو كان كله دينا او عينا
~~او لا بل يجوز ولو كان كله عينا او دينا~~ يظهر من اطلاق ما عدا التذكرة وجامع المقاصد الثاني وهو
الاقرب الثاني عملا بالعمومات المعتضدة باطلاق فتوى المعظم بل صرح في مجمع الفائدة بدعوى
الاتفاق عليه قائلا الخبر مخصوص بكون بعض المال دينا وبعضه عينا والظاهر انه ليس ذلك بشرط
بالاتفاق تم وربما يظهر من الكتابين الاول الثالث هل يصح هذا الصلح عند بقاء عقد
الشركة وفي اول الامر او لا بل يختص الصحة بصورة ارادة القسمة وانتهاء الشركة فيها احتمالان
احدهما انه يصح ذلك وهو مقتضى اطلاق النافع والشرائع والتبصرة والتحرير وعقد والارشاد
والكفاية كما نبه عليه في ذلك ولهم ما نبه عليه في ذلك قائلا ذهب الشيخ وجماعة الى ان
اطلاق الرواية يدل عليه ولعموم المسلمين عند شروطهم ويعضده ما ذكرنا العمومات الدالة على
صحة الصلح وقد يناقش فيما ذكره اما اولا فبما نبه عليه في الرياض قائلا وليس في الرواية كالعبارة

وما ضاهاها من عبائر الجماعة عموم الحكم بالصحة لصورة اشتراط ذلك في عقد الشركة و بعد
وان لم يرد القسمة لظهور سياق الرواية فيما قيدنا به العبارة وتعقب القول بان الربح و
الخسران لاحدهما وراس المال للاخر الشركة وحصوله بعدها وبعد ارادة القسمة لقوله و بحا
ربحا واعطني راس المال وليس في قوله اذا اشترطا منافاة لذلك لاحتمال ان يكون المراد
منه اذا تراضيا رضا يتعقبه اللزوم لوقوعه في عقد لازم كعقد صلح ونحوه وليس المراد
انهما اشترطا في عقد الشركة كما توهم لاختصاص نفي الباس بصورة وقوع الشرط فيه
بل ود لالته بمفهوم الشرط على ثبوته مع وقوعه في غيره ولا قائل بهما فتعين كون المراد ما
ذكرنا ووجه اشتراطه ذلك خلو السؤال عن بيان رضى الاخر وانما غايته الدلالة على صدور
القول من احدهما ونحوها العبارة في عدم العموم للصورة المذكورة لان اشتراط ذلك
فيها لا يسمى صلحا بل اشتراطا ويعضد ما ذكره تصريح الحلي بان خبر الصلح مشروط بكون
الشرط عند الانتهاء وفيهما اي فيما ذكره نظر اما اولا فلان الاحتمال المذكور في غاية البعد
لان اطلاق الاشتراط وارادة نحو التراضي غير معهود لا في الروايات ولا في كلام الاصحاب
والفقهاء بل المعهود هو المعنى المتعارف المتبادر منه وهو لا يتحقق غالبا الا في ضمن العقد
فيلزم حمل الاطلاق في الرواية عليه وليس لظهور السؤال في وقوع قول احدهما اعطني آه عند
ارادة القسمة يقتضي حمل قول الامام ع اذا اشترطا على ذلك اما ثانيا فلعدم الملازمة ومخالفته
للقاعدة من وجوب حمل اللفظ على ظاهره واذا صح اشتراط ذلك عند عقد الشركة صح الصلح
كذلك ايضا لظهور عدم القائل بالفرق مع ان فحوى قوله ع اذا اشترطا ذلك يقتضي صحة
الصلح كما لا يخفى واشار الى ما ذكرناه بعض الاجلة قائلا ودعوى ان في الرواية اشعارا بان
ذلك القول عند انتهاء الشركة وارادة فسخها ثم وان غاية ما يدل عليه كون هذا الشرط
وقع بعد الشرط والعمل بالمال المشترك حتى صار بعضه ربحا وكله دينا وهذا لا يلزم منه
ارادة الفسخ وانتهاء الشركة بل يمكن ان يكون هذا الكلام وقع في الاثناء بانهما اشتركا

على العمل

بعضهم
على العمل بذلك المال بمقتضى الشركة من كون الزيادة للجميع والنقص على الجميع اشترط
هذا الشرط في الاثناء واستمرا على الشركة بهذا الشرط ولعل نظره في قوله ع لا باس اذا اشترطا
الى ما اشير اليه بمعنى انه لا باس بالشركة على هذا الوجه والا فلو كان المراد انما هو ما ذكره من ان
هذا القول عند انتهاء الشركة وارادة فسخها فانه لا وجه للتعبير بالشرط بل كان ينبغي ان يقول
لا باس اذا تراضيا بذلك فان لفظ الشرط انما يناسب استمرار العقد بان يكون العقد
باقيا بهذا الشرط لا انقطاعه وتمامه كما لا يخفى وبذلك يظهر صحة اطلاق من اطلق في
العبارات المذكورة ويعضد ما ذكره قول مجمع الفائدة على ان في اشعار الخبر بكونه في الانتهاء
مناقشة اذ الظاهر صحة الصلح وتحقق الشركة وان كان الشرط في اثناء المعاملة او بعدها
والظاهر انه ليس في الخبر ما ينافي في ذلك نعم انه مخصوص بما بعد المعاملة بل لظهور الربح والخلاف
عبارة النافع وغيره وان لم يشمل صورة الاشتراط في عقد الشركة فلكنه شامل لصورة
وقوع الصلح المفروض عند انتهاء الشركة وارادة القسمة ووقوعه عند عقد
الشركة كما لا يخفى واما ثانيا فيمنع شمول العمومات المذكورة لمحل البحث لما تقدم اليه الاشارة
من منافاة اشتراط كون الربح والخسران لاحدهما وراس المال للاخر فقط ومنافيهما انه لا يصح
ذلك وهو الصحيح تبعا لك وضة والرياض وظاهر النهاية وجامع المقاصد والمحكي
ما نبه عليه في الكتب المصرحة بذلك من منافاة المفروض وضع الشركة شرعا لانها تقتضي
كون الربح والخسران على حسب راس المال وقد نبه ما قيل فيما ذكر بانه نبه عليه بعض الاجلة
قائلا بعد الاشارة الى الوجه المذكور وللمناقشة في ذلك مجال فانه لا يخفى انه وان كان
هذا الشرط منافيا للشركة الا ان هذا شان اكثر الشروط فان مقتضى عقد البيع اللزوم من
الطرفين فلا يجوز لاحدهما فسخه بغير سبب موجب مع انه يصح لاحدهما اشتراط خيار
الفسخ بلا خلاف ولا ريب انه مناف لمقتضى العقد الذي هو اللزوم من الطرفين وادعي
عليه في الرياض قائلا هذا الشرط مخالف لمقتضى الشركة من تبعية الربح لراس المال كالخسران

فيكون مخالفا للكتاب والسنة فيكون فاسدا بالاجماع والمعتبرة وليس مثل هذا الشرط كاشتراط
الخيار في عقد البيع ونحوه في المنافاة لمقتضى العقد لان اللزوم واشتراطه يوجبان تزلزل
المنافي فينتقض لصحته اجماعا وذلك لان مقتضى عقد البيع انما هو الانتقال لخاصة وانما
اللزوم من صفاته وكيفياته الخارجة فاشتراط الخيار ليس بمناف لمقتضاه الشرعي ولا كذلك
عقد الشركة فانه ليس له مقتضى سوى ما مر وحيث اشترط خلافه لم يبق للشركة معنى بالكلية
ويكون بمنزلة العقد المشروط بشرط عدمه كان البيع المشترط فيه عدم الانتقال كما قلنا فانه
الشرط لمقتضاه الشرعي فالقول بعدم الصحة في غاية القوة وفاقا للمدروس والمحقق الثاني
وشيد هو انه مختار المص كما سيأتي الاشارة وهو شاهد آخر على اختصاص العبارة بما
قدمناه من الصورة الخاصة دون الصورة الاخرى المختص فيها بعدم الصحة واما ما ربما
يقال في توجيه الصحة من ان غايته منافات هذا الشرط لمقتضى العقد بطلان الشركة وهو
غير ملازم لبطلان الشرط فقد يكون ذكره في عقدها كناية عن ارادة الاقراض ونحوه و
المناقشة فيه واضحة اما اولا فلعدم قصدهما الاقراض بالبديهة واما ثانيا فلان الاقراض
يستعقب عدم جواز الرجوع الى عين المال ولو قبل المزج اتفاقا ومقتضى عقد الشركة جواز
الرجوع حيثما زمن العقود الجائزة وكل من قال بصحة هذا الشرط يلتزم بهذا المقتضى ويصرف
العقد عن هذا المقتضى الى غيره مما لا يقتضيه ولم يقصده المتعاقدان هذا الشرط لا وجه له بالمرة
وقد بنا تنزيلا لما ذكره بان غاية ما يترتب على ما ذكره فساد الشرط المذكور لا الصلح كما بعد
عقد الشركة وان كان المفروض في ذلك والرياض وغيرهما هو الاشتراط كذلك دون الصلح الا ان
انه لا قائل بالفرق بين المسئلتين فاذا ثبت فساد الشرط المذكور في الصلح ثبت وكذلك في غير
ظاهره وبالجملة الذي يقتضيه التحقيق هو ان يقال ان شرطا في ضمن عقد الشركة ان يكون
الربح والخسران لاحدهما وراس المال للآخر فالظاهر بطلان هذا الشرط لرفعه مقتضى عقد
الشركة بالمرة فلا يمكن الجمع بين مضمون عقد الشركة ومضمون هذا الشرط كما لا يمكن الجمع بين

النقيض

النقيضين المتضادين كقوله يجب ضربه الآن قاعدا وقوله يجب ضربه الآن قائما ولا كذلك اشتراط
الخيار ونحوه في ضمن عقد البيع مثلا لعدم رفعه مقتضى عقد البيع بالمرة بل انما يرفع بعض
مقتضياته فهو كالخاص ونفس العقد كالعام فيمكن الجمع بينهما بتخصيص العام بالخاص فنسبة
الشرط الى نفس العقد ينبغي ان يكون كنسبة الخاص والاظهر الى العام والظاهر ولذا صرح
الاصوليون بان الشروط من المخصصات فتدبر وعلى المختار هل يبطل عقد الشركة ايضا او لا
فيه اشكال وان اوقعا عقد الشركة مطلقا من غير تصريح بالشرط المذكور في ضمنه ثم تصالحا
بعد اما بلا فصل او في الاثناء او قبل ارادة القسمة على ان يكون الربح والخسران لاحدهما
وراس المال للآخر عند انتهاء الشركة وارادة القسمة ففي صحة هذا الصلح اشكال ولكن
احتمالها في غاية القوة وعليه لا يبقى لعقد الشركة اثر الا جواز تصرف الشريكين في المال
المشترك وبالجملة كما يجوز رفع مقتضى عقد الشركة بالصلح عند ارادة القسمة وانتهاء
الشركة كذا يجوز رفعه في اول الامر وفي الاثناء مع بقاء مفهوم الشركة الى زمان انتهائها
وارادة القسمة والتفرقة بين الامرين تحكم فتدبر وكيف كان فالاحوط ترك هذا الصلح

اذا كان في يد شخص درهمان فادعاهما احدهما لنفسه فقال الآخر انهما لي

وملكي وادعى الاخر احدهما بخصوصه لا مشاعا فقال الآخر لي وملكي اعطي من بيده لمدعيهما معا
لنفسه درهما وكان الدرهم الآخر بينهما نصفين فلمدعيهما معا درهم ونصف وللآخر
نصف فقط وهو ربع المجموع وقد صرح بذلك في النهاية والشرائع والنافع والتبصرة
والتحرير وكرة والارشاد ومعقد القواعد واللمعتين والتنقيح وجامع المقاصد وكذلك وصرح مجمع
الفائدة والكفاية والرياض ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب
المذكورة لعدم اشارتهم الى الخلاف والاشكال في ذلك ومنها ما تمسك به في التذكرة
وجامع المقاصد وذلك من ان مدعي احدهما غير منازع في الدرهم الآخر فيحكم به لمدعيهما وقد
تساويا في دعوى احدهما بلا دعوى فيحكم به لهما بالمناصفة ومنها ما تمسك به في

جامع المقاصد وللك ومجمع الفائدة والكفاية والرياض بل الخبر الذي اشار اليه بعض الاجلة قائلا
ويدل على ذلك ما رواه الصدوق في الفقيه والشيخ في يب عن عبد الله بن المغيرة عن غير واحد
من اصحابنا عن ابي عبد الله ع في رجلين كان معهما درهمان فقال احدهما الدرهمان لي وقال
الاخر هما بيني وبينك قال فقال ابو عبد الله عليه السلم اما الذي قال هما بيني وبينك فقد
اقر بان احد الدرهمين ليس له فيه شيء وانه لصاحبه ويقسم الدرهم الثاني بينهما نصفين
وما رواه في يب بسنده عن محمد بن ابي حمزة عمن ذكره عن ابي عبد الله ع مثله باد في
تفاوت والمراد بكون الدرهمين معهما كما تضمنه الخبران هو كونهما تحت يديهما معا
ليناسبا في الدعوى وقد صرح بما ذكره في تفسير المعتبر في للك والكفاية انه لا يقال هاتان
الروايتان مرسلتان فلا يصح الاعتماد عليهما لانا نقول ان الارسال هنا غير قادح اما اولا
فلان الضعف الحاصل بالارسال منجبر هنا بفتوى الاصحاب بمضمون الخبرين ولعله لذا
صرح في مجمع الفائدة بانه لا يضر الارسال لانه مجمع عليه ويؤيد ما ذكره تصريح الدروس
والتنقيح بان الرواية مشهورة وتصريح الرياض ان الروايتين معتبرتان بالشهرة وهما كالصحيحين
واما ثانيا فلما صرح به في الكفاية قائلا بعد التصريح بالحكم رواه الشيخ وق في الصحيح الى ابن
المغيرة وهو الثقة التي اجمعت العصابة على تصحيح ما يصح عنه رواه عن غير واحد عن ابي
عبد الله ع وروايته عن غير واحد يدل على استفاضته عنده فتكون معتبرة يتعين العمل بها
ويؤيده مرسلة محمد بن ابي حمزة وقد نبه على ما ذكره في الرياض ايضا مدعيا نقص سندهما
ابن ابي عمير وعبد الله بن المغيرة المدعى على تصحيح رواياتهما اجماع اصحابنا وقائلا
مع كونه في احدهما عن غير واحد الملحق بالصحيح على الاقوى وينبغي التنبيه على امور
الاول انا ادعى الثاني نصف الدرهمين مشاعا فهل هو كما لو ادعى احدهما بخصوصه ولا
ينبغي الاشكال بينهما كما فيما سبق او لا بل يقسم الاثنان بينهما نصفان استشكل في ذلك
في الدروس قائلا لو كان معهما درهمين فادعاهما احدهما وادعى الاخر اشتراكهما فهي الرواية

المشهورة للثاني نصف درهم وللاول الباقي ويشكل اذا ادعى الثاني النصف مشاعا فانه
يقوى القسمة نصفين ويحلف الثاني للاول وكذا في كل مشاع وقد صار الى ما ذكره
من القسمة نصفين في التنقيح وجامع المقاصد ايضا واشار الى وجهه في الكفاية والرياض
قائلين بعد الاشارة الى ذلك وكان نظره الى ان النصف في الحقيقة بيد الاول والنصف
بيد الثاني فدعواه التمام خارج بالنسبة الى الثاني فيكون البينة على الاول واليمين على الثاني
ولكن نادر في الاول قائلا لكن العدول عن الرواية المعتبرة مشكل وزاد في الثاني قائلا
في تعين ذلك نظر لظهور الخبرين وكلمة الاصحاب في الدعوى مشاعا لا معينا فيكون
بالاضافة الى القاعدة خاصا فليقدم والمسئلة محل اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط هنا
ولكن احتمال الحاق المشاع بالمعين في الحكم الذي ذكرناه في غاية القوة الثاني هل يشترط
في تنصيف احد الدرهمين بين المتخاصمين ان لا يكون لهما بينة او تساوي بينتهما باعتبار
وجوه الترجيح فلو كان لاحدهما بينة قدم قوله او لا يشترط ذلك بل يحكم بالتنصيف
مط ولو كان لاحدهما بينة دون الاخر صرح بالاول في التذكرة ومجمع الفائدة والكفاية والرياض
ويظهر الثاني من اطلاق النهاية والشرايع والنافع والتبصرة والتحرير والارشاد والقواعد
واللمعة وس والتنقيح وجامع المقاصد ولك وضه والمسئلة محل اشكال من عموم ما دل
على اعتبار البينة شرعا ومن اطلاق رواية عبد الله بن المغيرة المتقدمة واطلاق معظم
الفتاوى وربما يخصص العموم السابق وان كان التعارض بينه وبين الاطلاق السابق
من قبيل تعارض العمومين من وجه لان وجوه الترجيح مع اطلاق الرواية الا ان يمنع من
انصرافه الى محل البحث فيبقى العموم السابق سليما عن المعارض ويعضده علته اعتبار
البينة شرعا وترجيحها على العمومات في كثير من الموارد فاذن الاحتمال الاول هو الاقرب
الثالث هل يشترط في التنصيف حلف كل منهما على نفي استحقاق الاخر لما ادعاه
او لا بل يحكم بالتنصيف مط ولو لم يحلفا صرح بالاول في التذكرة قائلا بعد الاشارة

الى الحكم المذكور والاقرب انه لابد من اليمين فيحلف كل واحد منهما على استحقاق نصف الاخر
الذى تصادمت دعواهما فيه فمن نكل منهما قضى به للاخر ولو نكلا معا او حلفا معا قسم بينهما
نصفين لما رواه عبد الله بن المغيرة وقد صار فى ذلك وصار الى جميع ما ذكره ومما فيهما فى
جامع المقاصد على اعتبار اليمين هنا قائلا بعد الاشارة الى ما ذكره ومما قد يحتج له قوله
واليمين على من انكر ومتى نكل احدهما ردت اليمين على الاخر لانا لا نقضى بالنكول وقد
احتج فى ذلك على اعتبار اليمين هنا بما احتج به عليه وصح فى الرياض انه فى اعتباده
رجوعا الى القاعدة التى يرجع بينها وبين الخبر ولكنه صح اخبارا بان اخلاف كلمتهما لا يتم
فى صورة كون الدرهم مشاعا لاختصاص الحلف ح بالثانى وتوجه البينة الى الاول ومع
ذلك يخفى بعد الحلف تمام الدرهم لا النصف واشار الى ما ذكره فى الكفاية ايضا ويظهر
من اطلاق النهاية وقع وقع والتبصرة والخبر والارشاد وعد واللمعة والدروس والتنقيح
عدم اشتراط الحلف هنا مط بل عزاه فى الدروس والتنقيح الى الاصحاب قائلا ولم
٥ يذكر الاصحاب فى هذه المسئلة يمينا وذكروها فى باب الصلح فجاز ان يكون ذلك الصلح
قهريا وجاز ان يكون اختياريا فان امتنعا فاليمين ولا يرد عليهما ما اورده فى جامع
المقاصد بعد ذلك من ان العلامة ذكره اعتبر اليمين فلا وجه لنسبة عدم اعتباره
الى الجميع وذلك لاحتمال اطلاعهما على رجوع العلامة الى ما عليه المعظم من عدم اعتبار
اليمين مع ندرته فهو كالمعدوم فتم وكيف كان فعدم اعتبار اليمين فى غاية القوة
نظرا الى اطلاق رواية عبد الله بن المغيرة المتقدمة ولا يعارضها عموم ما دل على اعتبار اليمين
لان التعارض بينهما على تقدير تسليمه وبينهما من قبيل تعارض العمومين من وجه
كما لا يخفى ومن الظاهر ان وجوه الترجيح مع هذه الرواية فيلزم العمل بها وان كان
اعتبار اليمين احوط واولى الرابع اذا كان الدرهمان فى يد مدعيهما معا ودون الاخر
كان المدعيهما مع حلفه للاخر على عدم استحقاقه شيئا اذا لم يكن له بينة وان كانا

فى يد مدعى احد الدرهمين دون مدعيهما كان للاول احدهما ويحلف على عدم استحقاق الاخر
الدرهم الثانى اذا لم يكن له بينة ويرد الدرهم الاول على مدعيهما وقد صرح بجميع ما ذكر فى الغرر
والتنقيح والكفاية وقد صرح بذلك فى الكفاية ايضا قائلا فى جملة كلام له ثم ان كل ذا اذا كان الدرهمان
بيدهما معا دون ما اذا كانا بيد احدهما او ثالث لخروجهما عن الرواية وفتوى الجماعة فلا بد
فيهما من الرجوع الى القاعدة فيحكم بها للذى اليد مع الحلف على عدم استحقاقه شيئا وكذا
ان كان مدعى الدرهم لكن يرد درهما ويحلف على عدم استحقاق الاخر الدرهم الثانى وان
كانا بيد ثالث فكمهما ان كذبهما فيحلف لهما وتقرع بينهما الدرهمان وكاحدهما انا قبله وصدقه
وقد نبه فى التنقيح على ما ذكره اخيرا قائلا فان كانا بيد ثالث فان كذبهما حلف لهما وان اقر
الدرهمان بينهما وان صدق احدهما فكما تقدم وعليه اليمين للاخر وما ذكراه جيد الخامس
هل يلحق بالدرهمين والمدعيين فيهما الدراهم والدنانير والدنانير والاثمان من سائر
الاجناس والجماعة الذين يدعون اولا بل يجب فى غير الدرهمين والمدعيين الرجوع الى ما يقتضيه
القاعدة فيه اشكال من غلبة الالحاق وبعد الاختصاص بالدرهمين والمدعيين ومن اختصاص
الفتاوى والنصوص بهذين الامرين وعدم تنبيه احد من الاصحاب على التعميم والاقرب
هو الاحتمال الثانى منهل لو اودع انسان عند اخر درهمين واودعه انسان
اخر درهما فصارت الدراهم المودعة عند الودعى ثلثة واشترك بحيث لا يمكن التميز ثم
ضاع وتلف واحد من تلك الدراهم من غير تفريط فى الحفظ ولا فى المزج بان اذن له المودعان
فى المزج او حصل المزج بغير فعله ولا اختياره فلا ضمان على الودعى كما صرح به فى التذكرة وجامع
المقاصد ومجمع الفائدة ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها ما تمسك به فى التذكرة من
اصالة البراءة ومنها عموم ما دل على نفى الضرر وهل يعطى صاحب الدرهمين درهما ونصف
من الدرهمين الباقيين ويعطى صاحب الدرهم الواحد نصفا منهما كما فى المسئلة السابقة او لا
بل يستعمل القرعة هنا اولا بل يقسم الباقى على نسبة المالين فيقسم اثلاثا فيعطى

صاحب الدرهمين اثلاثا ثلثين من الباقي ويعطي لصاحب الدرهم الواحد ثلثا منه
اختلف الاصحاب هنا على اقوال ثلثة احدها ان حكم هذه المسئلة حكم المسئلة السابقة
فيعطي صاحب الدرهمين درهما ونصف ويعطي صاحب الدرهم الباقي وهو نصف الدرهم
وهو للنهاية والسرائر والنافع والتبصرة والارشاد وعد ذكره في اللمعة وجامع المقاصد
ومجمع الفائدة والكفاية والرياض وقد صرح فيه في شايعه في الدروس والتنقيح ولك
وضه بانه المشهور وصرح في جامع المقاصد بان عليه اكثر الاصحاب بل صرح في موضع آخر
من ضه ولك بانه مذهب الاصحاب ولهم ما تمسك به في التذكرة وجامع المقاصد و
مجمع الفائدة والكفاية والرياض ما اشار اليه بعض الاجلة قائلا روى في ... عن السكوني
عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلم في رجل استودع رجلا دينارين واستودعه آخر دينارا
فضاع دينار منهما فقضى لصاحب الدينارين دينارا ويقسم الدينار الباقي بينهما نصفين
وصح في الكفاية بانه رواه في المقنع مرسلا فاورد على ما ذكر اولا بان الرواية المذكورة ضعيفة
السند لان السكوني ضعيف فلا يكون خبره حجة وقد صرح بهذا الايراد في التنقيح قائلا السكوني
ضعيف والشهرة ليست حجة واشار الى ما ذكره في ضه ولك السابقة وثانيا بان الرواية المذكورة
مخالفة للاعتبار والقواعد الشرعية وقد نبه على هذا في لك وضه قائلا فيهما بعد الاشارة الى
هذا القول ويشكل الحكم مع ضعف المستند بان التالف لا يحتمل كونه منهما بل من احدهما
خاصة لامتناع الاشاعة هنا فكيف يقسم الدرهم بينهما مع انه مختص باحدهما قطعا والذي
تقتضيه النظر وتشهد له الاصول الشرعية القول بالقرعة في احد الدرهمين ومال اليه في س
لكنه لم يجسر على مخالفة الاصحاب وقد صرح بامتناع الاشاعة في الدروس وكذا في التنقيح
محتجا بان ذلك خلاف الفرض وقد يجاب عن كلا الايرادين اما عن الاول فبان ضعف
السند هنا غير قادح لما نبه عليه في الكفاية بقوله لا يبعد العمل بالمشهور بناء على ان ضعف
الرواية منجبر بعمل الاصحاب ولعله الى ما ذكره اشار في مجمع الفائدة بقوله بعد الاشارة

الى ما عليه الاكثر

الى ما عليه الاكثر ويدل عليه رواية السكوني ولا يضر ضعف السند بالقطع اليه وبنفسه ويؤيد
ما ذكر اولا تصريح الدروس والتنقيح بان العمل بالرواية مشهور وثانيا قول الرياض لجبر السند
والمخالفة للقواعد بعمل مع كون الراوي من حكى الطوسي اجماع العصابة على تصحيح ما يصح عنه
وقال نقتحم اجماعه هنا وقد ذكر السند للاسناد قدس سرهما وغيره سوا هذا الخبر على وثاقة السكوني
فما انه يالهاي ثانيا في الرجال واما عن الثاني فبان الرواية المذكورة بعد اعتبار سندها
ولو بالشهرة تخصص تلك القواعد فانها اعم وتلك الرواية اخص ولا اشكال في لزوم تخصيص
العام بالخاص حيث يقع التعارض بينهما ولعله الى هذا اشار في جامع المقاصد بعد اشارته
الى قول س ولو قيل بالقرعة امكن ما ذكره متجه الا ان الخروج عما عليه اكثر الاصحاب بعيد
وثالثها انه يلزم استعمال القرعة وهو مستفاد من س والتنقيح وضه ولك ولهم ما نبه عليه
في الاخيرين وقد تقدم اليه والى جوابه الاشارة ورابعها انه يقسم الباقي اثلاثا وهو مستفاد
من الغنية ولم اعثر على دليله فهو ضعيف كالقول الثاني فالمعتمد هو القول الاول و
ينبغي التنبيه على امور الاول هل يلزم اليمين هنا على المختار ام لا الاقرب الثاني
لاطلاق الرواية وكلام الاكثر وخلوها عن الاشارة الى لزومه كما نبه عليه في جامع المقاصد
قائلا واطلاق الرواية يقتضي دفع ذلك وان لم يتصادم دعواهما في المالين بل ذلك لم يحكم
باليمين ولم يذكرها لمن ذكره هنا يمينا وفي س قال الا ان الاصحاب لم يذكروا يمينا هنا وفي الصلح
قلنا ما ذكره ها وفي باب الصلح فجائز ان يكون ذلك الصلح قهريا وجائز ان يكون اختياريا
فان امتنعا فاليمين فقيل ان ظاهر الرواية وكلام الاصحاب ان ذلك قهري وانه نعم بمعنى
بل ربما استشعف اليمين اذ صح كل واحد بعدم العلم بعين حقه وبعضه ما ذكراه اولا تصريح
التنقيح بما حكاه عن س وثانيا تصريح ضه ولك والرياض بخلو كلام الاصحاب عن التعرض
لليمين هنا فيما انه ربما اشترط اليمين هنا اذا لم يعلم الحالف عين حقه الثاني لو فرط الودعي
في الحفظ ضمن التالف كما صرح به في الغنية وكره والتنقيح وجامع المقاصد وضه ومجمع الفائدة

والرياض بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه وصرح في جنة والرياض بانه يعم التالف الموجودين و يقسمهما
بهما من غير كسر وهو جيد وان صرح في جامع المقاصد بانه لا حاجة الى التنصيف ثم صرح بانه قد
يتبع ذلك التعاسر على العين فيجعل القرعة وهو جيد ايضا الثالث لا فرق في هذه المسئلة
بين الدرهم والدينار في الحكم المذكور كما هو الظاهر من الاصحاب فانهم لم يشيروا الى وجود
الخلاف في المسئلة من هذه الجهة مع ان جملة من الكتب جعل موضوع الحكم في المسئلة الدرهم
وهي مع النافع والنصرة والارشاد واللمعة والتنقيح ومجمع الفائدة وجملة اخرى جعلت
الموضوع الدينار كالمقنعة وهي النهاية وكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والكفاية الرابع
لو كان بدل الدرهم مالا يمتزج اجزائه بحيث لا يتميز وهو متساويها كالحنطة والشعير و
الدخن ونحوها وكان لاحدهما قفيزان مثلا وللاخر قفيز وتلف قفيز بعد امتزاجها بغير
تفريط فالتالف على نسبة المالين وكذا الباقي فيكون لصاحب القفيزين قفيز وثلث وللاخر
ثلثا قفيز وقد صرح بذلك في كرة وجامع المقاصد وغير ذلك ومجمع الفائدة والكفاية
والرياض وصرح فيما عدا الكفاية بوجه الفرق بين المفروض وما سبق في المثلين والفرق ان التالف
هنا عليهما معا بخلاف الذاهب من الدراهم لانه مختص باحدهما قطعا والظاهر ان الحكم
المذكور هنا مما لا خلاف فيه بين الاصحاب وان صرح في التذكرة بانه الاقرب واحتمل في
مجمع الفائدة جريان الحكم المذكور في الدراهم هنا ايضا **مسئلة** لو كان لواحد ثوب
بعشرين درهما وللاخر ثوب بثلثين ثم اشتبها فاختلف الاصحاب فيه على اقوال الاول
انه ان خير احدهما صاحبه فقد انصفه وان تعاسرا بيعا وقسم الثمن بينهما اخماسا فيعطى
صاحب العشرين سهمين من خمسة ويعطى صاحب الثلثين ثلثة وهو للنهاية والشرايع والنافع
والنصرة والارشاد والتحرير وقد صرح في س بانه مذهب المعظم وفي التنقيح بانه مذهب الشيخ
واتباعه وفي جامع المقاصد بانه مذهب اكثر الاصحاب وفي ك ومجمع الفائدة بانه مشهور
بين الاصحاب ولهم خبر اسحق بن عمار عن ابي عبد الله عليه السلام في الرجل يبضعه الرجل ثلثين

درهما

درهما في ثوب واخر عشرين درهما في ثوب فبعث الثوبين ولم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه
قال يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلثين ثلثة اخماس الثمن والاخر خمسي الثمن قلت فان صاحب
العشرين قال لصاحب الثلثين ثلثة اخماس الثمن اختر ايهما شئت قال فقد انصفه لا يقال
هذه الرواية ضعيفة السند فلا يجوز الاعتماد عليها لانا نقول هذا مدفوع بانه عليه في
الرياض فالاولى التامل في سند الرواية بالقطع في يب والضعف في الفقيه يضعفه لانجباره
بالشهرة المحكية في الدروس وغيره مع احتمال صحة طريق الصدوق الى الراوي كما يظهر من بعض وان
ضعف في الفقيه بسعدان بن مسلم وغيره كما في جنة ويحتمل الصحة ايضا في طريق الشيخ كما يظهر
من كتاب المنار اليه بناء على الاكتفاء بالظنون الاجتهادية فيكون الرواية حسنة بل شبهه
معها فيجب العمل بها الثاني لزوم استعمال القرعة هنا وقد حكاه في لف عن ابن ادريس قائلا
قال ابن ادريس ان استعملنا القرعة في ذلك كان للاجماع على ان كل امر ملتبس فيه القرعة
وهذا من ذلك وربما يظهر من المحكي عن س الميل اليه وكذا من لك لقوله ويحكم بالقرعة لانها
لكل امر ملتبس وهي هنا حاصلة وهو وجه من الجميع لولا مخالفة المشهور وظاهر النص
مع انه تقضيه في قاعدة يمكن قصرها عليها والرجوع الى الاصول الشرعية وقد نوقش فيما ذكر
اولا بالمنع من صدق الصغرى وهو حصول الاشتباه والالتباس في الموضوع له هنا كما نبه عليه
في لف قائلا لا بعد للاشارة الى القول الحلي وليس بجيد اذ لا اشكال مع ورود النقل ونبه على
ذلك في مجمع الفائدة ايضا وثانيا بالمنع من كلية الكبرى بحيث يشمل محل البحث والاجماع
الذي حكاه في لف عن الحلي ممنوع في محل النزاع لما عرفت من مصير المعظم الى القول الاول
ومعه يستحيل عادة حصول الاطلاع على الاجماع ويتطرق القدح في المنقول منه لحصول
الوهن العظيم فيه به سلمنا وجود عام معتبر يفيد كلية لزوم القرعة في الموضوعات المشتبهة
ولكنه يجب تخصيصه بخبر اسحق بن عمار المتقدم وانما ما اورده في لك عليه بقوله مع
انه قضية في واقعة تضعيف كما نبه عليه في جامع المقاصد قائلا وقول ابن ادريس بالقرعة في

ان كان له وجه الا ان مخالفة النص وكلام الاصحاب مشكل فان قلنا الرواية حكاية لا انها
حكم في واقعة قلنا الظاهر خلافه لعمل الاصحاب بمضمونها الثالث ما حكاه في المسالك عن
العلامة قائلا وفصل العلامة فقال ان امكن بيعهما منفردين وجب ثم ان تساويا فلكل واحد
ثمن ثوبه ولا اشكال وان اختلفا فالاكثر لصاحبه والاقل للآخر بناء على الغالب وان امكن
خلافه الا انه نادر لا اثر له شرعا وان لم يمكن صارا كالمال المشترك ثم كما اجابه كما لو
امتزج الطعامان فيقسم الثمن على راس المال وعليه تنزل الرواية وهذا القول قد ذهب اليه في
القواعد وكره ولعله واشار الى التعليل بالعلة في الاخير وقد ناقش في ذلك اولا بما
نبه عليه في لك قائلا ان ما ذكره العلامة من التنزيل على الغالب ليس اولى من القرعة لانها دليل
شرعي على هذه الموارد ومن الجائز اختلاف الاثمان والقيم بالزيادة والنقصان لاختلاف
الناس في المساهلة والمماكسة وثانيا بما نبه عليه في الرياض قائلا بعد الاشارة الى القول المذكور
وهو اجتهاد في مقابلة النص المعتبر مع تطرق الاشكال اليه بعدم دليل على اعتبار الغلبة
التي غايتها افادة المظنة خاصة في نحو المسألة التي هي من قبيل الموضوعات دون الاحكام
الشرعية فلا يكتفى فيها بالمظنة الا اذا قامت عليه الادلة وقد يناقش فيما ذكره بان الاصل
في الموضوعات المشتبهة التي لا يمكن تحصيل العلم فيها العمل بالظن وفيه نظر وكيف كان
فالاقرب عندي هو القول الاول وهل يختص الحكم المذكور بالثوبين او لا بل يتعدى الى غيرهما
من الثياب المتعددة والاثمان والامتعة صرح بالاول في الدروس ولك وهو الاقرب
وقد صرح به في الرياض قائلا لكون الصلح قهريا ولا يتعدى الى غير مورده من الثياب المتعددة
والاثمان والامتعة ويحتمل التعدية لاتحاد الطريق والاول اجود وعليه يتعين القرعة
لعموم الادلة وسلامتها عما يصلح للمعارضة **منهل** اذا ظهر استحقاق احد العوضين
للغير بطل الصلح اذا كان معينا في العقد كما نبه عليه في النافع ويع وكره والتحرير والتنقيح
والارشاد وعد وس واللمعة والتنقيح ولك وضه ومجمع الفائدة والرياض ولهم

وجهان

وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه بل صرح في الرياض بنفي الخلاف فيه وثانيهما ما نبه عليه في التذكرة
من ترجيح التراضي على تلك العين وينبغي التنبيه على امور الاول لا فرق في ذلك بين ان يجيز
المالك للصلح او لا كما هو مقتضى اطلاق الكتب المتقدمة الثاني اذا ظهر كون احد العوضين
مما لا يصح تملكه شرعا كالخمر والخنزير بطل ايضا كما صرح به في الرياض الثالث اذا وقع العقد على
مدعى شيء يتحقق الكل في ضمنه بان يستحقه الغير لم يبطل الصلح ح بل يرد الى مالكه ويرجع بدله
كما صرح به في التنقيح ولك وضه ومجمع الفائدة وكذا صرح به في الرياض ايضا نافيا عنه الخلاف
الرابع لو ظهر عيب في احد العوضين فهل يجوز الفسخ ح كما في البيع او لا صرح بالاول في التحرير
وس ولك وضه والرياض وهو جيد واحتج عليه في الاخير بقاعدة نفي الضرر وهل يتخير
ح بين الفسخ والارش او لا صرح في س بالثاني وهو ظاهر الرياض واحتج عليه بالاصل ويظهر
من ضه الميل الى الاول الخامس هل الغبن يوجب الخيار هنا كما في البيع او لا الاقرب الاول
كما في الصيمري س ولك والرياض وظاهر ضه ويدل عليه عموم نفي الضرر كما نبه عليه في لك وضه
والرياض **منهل** يصح الصلح على عين بعين او منفعة وعلى منفعة بعين او منفعة
كما صرح به في الشرائع وعد والارشاد وكره والتحرير والدروس واللمعة وجامع المقاصد
ولك وضه ومجمع الفائدة والكفاية ولهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد
من الكتب المذكورة لانها لم تشر الى الخلاف ولا الاشكال في ذلك وثانيهما ما تمسك به في
ضه من انه بافادته فائدة البيع صح على العين وبافادته فائدة الاجارة صح على المنفعة والحكم
في المجانس مع التماثل والمخالف فرع ذلك والاصل والعموم يقتضيان صحة الجميع وقد تمسك
بالعموم المذكور في مجمع الفائدة والكفاية وينبغي التنبيه على امور الاول يصح الصلح على
اسقاط خيار وعلى حق اولوية في تحجير وسوق ومسجد وخان ومدرسة كما صرح به في
جامع المقاصد ولك وضه ومجمع الفائدة وحكاه فيه عن كره واحتج عليه في لك وضه
ومجمع الفائدة وحكاه فيه عن كره واحتج عليه في لك وضه ومجمع الفائدة والكفاية بالعموم

المتقدم اليه الاشارة الثاني لو صالح عن حق الشفعة فالوجه الجواز كما صرح به في التحرير وغيره وكذا
يجوز الصلح على اسقاط الدعوى كما صرح به في مجمع الفائدة الثالث لا يشترط في صحة الصلح
على الحقوق العلم بحقيقتها حين العقد فلو لم يعلم بها وكانت محققة في الواقع صح الصلح عليها
للعموم المتقدم ونحوه ما دل على جواز الصلح مع الانكار ولو تبين عدمها ففي بطلان الصلح
ح وعدمه احتمالان ولعل الاقرب الصحة لما ذكرنا من العموم الرابع لو صالح على عين بما يصح
رايجا بعد مدة كسدة ففي هذا الصلح اشكال ولكن الاقرب الصحة

منهل

اذا كان العوضان في الصلح من النقدين الذهب والفضة فهل يشترط في صحته ما
يشترط في بيع الصرف من التقابض في المجلس او لا يشترط ذلك الاقرب الثاني وفاقا
للشرائع والتحرير والارشاد والدروس وعد والمخ وجامع المقاصد ولك وضة ومجمع الفائدة
والكفاية والرياض ولهم وجهان احدهما العمومات المتقدمة الدالة على صحة الصلح مطلقا
وهي هنا سليمة عن معارضة ما يدل على اشتراط القبض كما صرح به في مجمع الفائدة والرياض
ومنها ان الصلح عقد مستقل ليس فرعا على غيره والظاهر اتفاق القائلين بهذا على عدم
اشتراط القبض هنا وقد نبه على هذا ما ذكر في جامع المقاصد ولك وضة ومجمع الفائدة
فيصح على هذا ان يصالحه على دراهم بدنانير وبالعكس من غير تقابض وقبض في المجلس وقد
صرح بهذا في الشرائع والارشاد والدروس وعد وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة

منهل

هل يحرم الربوا في الصلح كما يحرم في البيع والدين او لا اختلف الاصحاب في ذلك على قولين
الاول انه لا يحرم الربا في الصلح فيجوز ان يصالح على عشرة دراهم او دنانير باثني عشر
درهم او دنانير حالة او مؤجلة وان يصالح على قفيز من الحنطة بقفيزين منها وهو
للشرائع والارشاد في باب الربا وللمختلف في كتابي الغصب والصلح وحكاه جماعة عن ابن
ادريس الثاني انه يحرم الربا في الصلح كما يحرم في البيع فلا فرق بينهما من هذه الجهة وهو
للايضاح والجامع وتق وجامع المقاصد ولك وضة ومجمع الفائدة والرياض وحكاه فيه عن

الشيخ والقاضي والفاضلين المحقق والعلامة في كتاب الصلح وصرح في مجمع الفائدة بانه مذهب
ويظهر من كره وعد والتنقيح والكفاية التوقف في المسئلة للقول الاول وجوه منها
ما نبه عليه في جامع المقاصد ومجمع الفائدة من ان الاصل الاباحة ومنها ان الربا في الصلح لو
كان حراما لكان فاعله خارجا عن العدالة بحيث يكون موصوفا بها قبل الاتيان به لان الربا المحرم
من الكبائر والتالي باطل لان الاصل بقاء العدالة وعدم استحقاق الفاعل التعزير والنهي
عن المنكر فتم ومنها عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود ومنها قوله تعالى الا ان تكون تجارة
عن تراض و[illegible] في مجمع الفائدة بقوله يؤيده الاصل وظواهر الايات والاحاديث الدالة
على ان حصول التراضي يكفي للاباحة وعلى حصر المحرمات وليس هذا منها ومنها ما نبه عليه في
مجمع الفائدة من قوله الناس مسلطون على اموالهم ومنها قوله المؤمنون عند شروطهم
ومنها العمومات المتقدمة الدالة على صحة الصلح بخصوصه من قوله تعالى فاتقوا الله واصلحوا ذات
بينكم وقوله تعالى فاصلحوا بين اخويكم وقوله تعالى لا خير في كثير من نجويهم الا من امر بصدقة او معروف
او اصلاح بين الناس وقوله الصلح جائز بين المسلمين الا ما حرم حلالا او حلل حراما وقول
الصادق عليه السلم في خبر حفص بن البختري الصلح جائز بين الناس وغير ذلك ومنها
ان الربا لو كان في الصلح غير جائز لنقل لنا كما نقل عدمه في البيع والتالي باطل قطعا
وللقول الثاني وجوه ايضا منها اصالة عدم صحة الصلح المشتمل على الربا وفيه نظر
اما اولا فلاندفاعه بالعمومات المتقدمة الدالة على الصحة واما ثانيا فلاندفاعه باصالة
بقاء العدالة المتقدم اليه الاشارة واما ثالثا فلاندفاعه باصالة الاباحة لان هذا الصلح
على تقدير فساده يكون حراما كالبيع المشتمل على الربا وهو خلاف ما تقتضيه اصالة الا
كان الجواز والاباحة خلاف ما تقتضيه اصالة الفساد فهنا ما وقع فيه التعارض بين
الاصلين والظاهر ترجيح اصالة الاباحة لاقتضائها ثبوت الصحة والمثبت مقدم على
النافي وفيه نظر بل الظاهر ترجيح اصالة الفساد لاعتضادها بالشهرة فتامل

ومنها ما تمسك به في الجامع قائلا وان صالحهم على درهم بدرهمين لم يجز لانه احل حراما
وقد تنظر للمنع من صغرى قياسه فانها نفس المتنازع فيه ومنها ما تمسك به في اللمعة قائلا
في مقام الاقوى ثبوت الربا في كل معاوضة وهو ظاهر اختياره في الصلح انتهى وهو لا يقوى
علا بالاطلاق قوله تعالى وحرم الربا وفي مقام آخر ولا يظن ان الربا يختص بالبيع بل هو ثابت
في كل معاوضة لعموم قوله تعالى وحرم الربا وما اختاره فيهما قوي نظرا الى العموم والاطلاق
وقد نبه على ما ذكره هنا في الروضة انتهى بقوله الاقوى ثبوته في كل معاوضة لاطلاق
التحريم في الآية والخبر وكذا اشار اليه في مجمع الفائدة قائلا والاكثر على العموم ويمكن ان يستدل
لهم بان الربا معلوم تحريمه بالثلثة المتقدمة ومعلوم كونه بمعنى الزيادة وليس بمعلوم نقله
عنه في اصطلاح الشرع نعم قد يوجد في اصطلاح الفقهاء وكل يصطلح بناء على ما اقتضى
دليله فذلك ليس بدليل لانه ليس بحقيقة شرعية ولا عرفية بل اصطلاح العلماء بعد البحث
والنظر والاجتهاد وكل مقتضى اجتهاده وهو ظاهر ومبين في محله فبقي الحمل على معناه
اللغوي الا انه يخرج عنه ما هو حلال بالاجماع ونحوه ويبقى الباقي تحت التحريم وهذا مسلك
مقرر في الاستدلال وقد ناقش فيما ذكره اولا بان الربا وان كان لغة عبارة عن مطلق الزيادة
فيشمل محل البحث ولكن لا ريب في صيرورته حقيقة في معنى خاص غير المعنى اللغوي للتبادر
فيجب حمل اطلاق ما دل على المنع من الربا من الكتاب والسنة المتواترة على هذا المعنى
دون المعنى اللغوي ولا نسلم دخول محل البحث في هذا المعنى الجديد فصغرى ما اشار
اليه من القياس ممنوعة لا يقال هذا المعنى الجديد على تقدير تسليمه من الحقائق العرفية الخاصة
كالكلام في اصطلاح النحاة والحدث في اصطلاح الفقهاء ونحو ذلك ولا اشكال في انه
لا يحمل عليها اطلاق الكتاب والسنة لانا نقول لا نسلم ذلك بل هذا المعنى الجديد اما من
الحقائق العرفية العامة كالدابة او من الحقائق الشرعية كالصلوة فيجب حمل اطلاق الكتاب
والسنة عليه بناء على تقدم العرف على اللغة ولزوم الحمل على الحقائق الشرعية ويؤيد

ما ذكر بعض العلماء في التحرير بان الربا بيع احد المثلين بالآخر مع زيادة عينية وفي الانتصار
بان الربا انما يثبت في بيع احد المتساويين جنسا بالآخر مع زيادة او حكمية وتصريح موضع من
الرياض بان الربا بيع احد المتماثلين المقدرين بالكيل او الوزن في عهد صاحب الشرع او في
العادة بالآخر وقد ناقش فيما ذكر بان لفظ الربا وان صار حقيقة في معنى آخر غير المعنى
اللغوي في العرف العام او عرف الشرع ولكن لم يعلم انه البيع خاصة بل يحتمل وضعه لما يعم البيع
والصلح وغيرهما نعم لا اشكال في صدقه في البيع حقيقة ولكن مجرد هذا لا يقتضي اختصاص
الوضع به واذا كان ما وضع له هذا اللفظ مجملا لم يجز التمسك بالعمومات الدالة على صحة
الصلح لانها مخصصة بهذا اللفظ المجمل وقد تقرر في الاصول ان المخصص بالمجمل يصير مجملا
ومعه يسقط الاستدلال به في موارد الشك كمحل النزاع وقد يجاب عما ذكر بانه لم يثبت
استعمال لفظ الربا في اللغة العربية الا في البيع ولم يثبت استعماله في غيره فيجب ان يكون
حقيقة فيه لان الاصل عدم الاستعمال في غيره واذا لم يستعمل في غيره لم يجز ان يكون بمعنى
حقيقيا ولا احد افراد الحقيقة ويؤيد ما ذكر ان لفظ الربا لو كان حقيقة في الاعم للزم
ارتكاب زيادة التخصيص في العمومات الدالة على صحة الصلح ومن الظاهر ان الاصل عدمها
الا ان يعارض هذا بان الوضع للاعم من البيع والصلح اقرب الى المعنى اللغوي الذي هو مطلق
الزيادة فيجب ترجيحه لما تقرر في محله من ان اللفظ اذا ثبت نقله عن اللغة ودار الامر
المنقول اليه بين ان يكون الاقرب الى المنقول عنه والابعد فاللازم ترجيح الاول وقد
يقال هذا انما يجيء بعد ثبوت الاستعمال في الاقرب واما مع عدمه ولو باعتبار الاصل فلا
فتم هذا ويؤيده ما ذكرناه ان المتبادر من لفظ الربا هو البيع خاصة فالاصل ان يكون
حقيقة فيه لان الاصل في التبادر ان يكون علامة الحقيقة الا ان يجاب عنه بانه ذاعه
مصير الاكثر الى القول الثاني فان فيه شهادة منهم بالوضع للمعنى الاعم والاستعمال فيه
وقد ناقش فيه بالمنع من بلوغ الكثرة الى حد يجوز الاستناد اليها في مثال هذه

المسائل على تقدير حجية الشهرة فيها وثالثها ان لفظ الربا لو سلمنا وضعه لما يعم جميع المعاوضات
التي من جملتها الصلح فلا نم شمول الاطلاق لما دل على المنع منه له ولغير البيع لان المتبادر منه
هو البيع لغلبته وقد تقرر ان الاطلاقات تنصرف الى الافراد الغالبة الشايعة ويؤيد
ما ذكرنا قول التنقيح الربا اصله الزيادة يقال ربا الشيء اذا كثر وفي الشرع غالبا هو
بيع احد المتساويين جنسا بالآخر مع التفاضل عينا او حكما ورابعها قول المسالك
ومن خصه بالبيع نظر الى ان الاية مسوقة في البيع حيث قال تعالى واحل الله البيع وحرم
الربا وخامسها قول جامع المقاصد مشيرا الى القول الاول وجه هذا امكان اختصاص الربا
بالبيع فيتمسك في الصلح باصالة الجواز وسادسها قول الرياض حاكيا فالمحكي والماتن
في تبع في هذا الكتاب والفاضل في قد وعد تخصيص بالبيع اقتصارا فيما خالف الاصل
على المجمع عليه وحملا للاطلاق على الفرد المتبادر وسابعها ان اطلاقات الكتاب
والسنة المانعة من الربا لو شملت ساير المعاوضات كالصلح لتواتر حرمته فيها
كما تواتر حرمته في البيع ولما وقع الخلاف في جوازه في غير البيع للقطع ح باتحاد الوجه
وعدم وجود دليل خاص على استثناء غير البيع منها وثامنها ان الاطلاقات المذكورة
على تقدير شمولها لمحل البحث عرفا وشرعا فهي معارضة بالاطلاق الدال على جواز الصلح
نحو قولهم الصلح جائز بين المسلمين والتعارض هنا من قبيل تعارض العمومين
من وجه كما لا يخفى ولا ترجيح فلا يجوز التمسك بتلك الاطلاقات على المنع من الربا في
غير البيع بل قد يرجح اطلاق دليل جواز الصلح باعتبار اعتضاده بالاصول الكثيرة المتقدم
اليها الاشارة وبعلة مخالفة الصلح للبيع في الاحكام واقتضاء حكمة مشروعية الصلح
وهو سهولة الامر على المكلفين في المعاملات جواز الربا فيه وخلو الاخبار عن التصريح بالمنع
من الربا في الصلح ونحوه وقوله تعالى اوفوا بالعقود وقولهم المؤمنون عند شروطهم
وقولهم الناس مسلطون على اموالهم وفيه نظر فيما ذكر بان الاطلاقات الدالة

على المنع

على المنع من الربا في غاية الكثرة وواردة في الكتاب والسنة ومعتضدة هنا بالاحتياط
واصالة الفساد وهذه الوجوه من وجوه الترجيح اقوى من المرجحات السابقة فينبغي ترجيحها
على الاطلاق المتقدم اليه الاشارة وفيه نظر بل قد يدعى اولوية الوجوه السابقة على هذه
الوجوه بعد ملاحظة ضعف دلالة الاطلاقات المذكورة على محل البحث لانصرافها الى غيره
وهو البيع فتم ومنها ان العلة في تحريم الربا في البيع موجودة في غيره كالصلح فيثبت
فيه التحريم بناء على المختار من حجية القياس المنصوص العلة وقد نبه على ما ذكر في مجمع الفائدة
قائلا بعد الاشارة الى الوجه المتقدم ويؤيده ما نقل في مجمع البيان في علة تحريم الربا
انها عدم تعطل المعاش والاجلاب والتجارات اذ لو وجد المحتاج من يعطيه درهما وفضلا
بدرهم لم يتجر وقال الصادق عليه السلام انما شدد في تحريم الربا لئلا يمتنع الناس من اصطناع
المعروف قرضا ورفدا انتهى والذي رايته في الكافي الحسن عن هشام بن سالم عن ابي عبد الله عليه السلام
قال انما حرم الله الربا كيلا يمتنع الناس من اصطناع المعروف وروى سماعة قال قلت
لابي عبد الله عليه السلام اني رايت الله قد ذكر في غير آية وكرره فقال اوتدري لم ذاك قلت
لا قال لئلا يمتنع الناس من اصطناع المعروف انتهى ما في مجمع الفائدة اليه اشار وقوله
قرضا ورفدا يكون تفسيرا منه ومعلوم انه لو كان التحريم مخصوصا بالبيع دون ساير المعاوضات
والمعاملات لم ينل ذلك لاستعمال الاخذ الزيادة بتبديل صيغة بصيغة اخرى ونحو ذلك
وهو ظاهر بل هذا يدل على عدم جواز اكثر الحيل التي تستعمل في اسقاط الربا فافهم وقد
ناقش فيما ذكره اولا بان اطلاق التعليل في الرواية ينصرف الى البيع فلا يعم غيره فتم
وثانيا بان التعليل المذكور معارض بالادلة الدالة على جواز استعمال الحيل لدفع الربا
وثالثا بان غاية التعليل العموم وهو معارض بالعمومات الدالة على صحة الصلح وتعارض العمومين
من وجه وهي اولى بالترجيح لما تقرر في الاصول من اولوية المنطوق على المفهوم ولغير ذلك
من الوجوه فتم ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة من خبر يعقوب الذي وصفه بالصحة عن

بحث

ابی عبد الله علیه السلام الربا رباءان ربا یؤکل وربا لا یؤکل فاما الذی یؤکل فهو هدیتک
الی الرجل ترید الثواب فلا یربو عند الله واما الذی لا یؤکل فهو ان یدفع الرجل
الی الرجل عشرة دراهم علی ان یرد علیه اکثر منها فهذا الذی نهی الله عنه وصرح بانه
کالصریح فی المدعی قائلا وهذا کالصریح فی ان الربا لیس مخصوصا بالبیع بل یعم الدین ایضا
لان اعطاء غیره لان یرد علیه اکثر یشملهما وغیرهما وقد بینا ما فیما ذکره اولا بالمنع
من الشمول للصلح لعدم تبادره بل الظاهر منه الدین وثانیا بانه علی تقدیر الشمول للصلح
معارض بالعمومات الدالة علی صحة الصلح تعارض العمومین من وجه کما لا یخفی ومن الظن
انها اولی بالترجیح لکثرتها وکون بعضها من الکتاب وکونها اقوی دلالة علی المدعی
من الروایة المذکورة کما لا یخفی وکون ظاهر الروایة المذکورة مخالفا للاجماع لعدم
اختصاص الربا بالرجال ولا بعشرة دراهم فیجب حملها علی ارادة التمثیل وهو مستلزم
للتجوز ومن الظاهر ان الروایة التی یجب ارتکاب التجوز فیها مرجوح بالنسبة الی ما لا یجب فیه
ذلک وان سلم او ارتکاب التخصیص ثم ومنها ما تمسک به فی مجمع الفائدة قائلا وایضا
یؤید عموم بعض الروایات مثل عموم ما فی صحیحة عمر بن یزید الثقة عن ابی عبد الله ع
یا عمر قد احل الله البیع وحرم الربا فاربح ولا ترب قلت وما الربا قال دراهم بدراهم
مثلان بمثل فان الدراهم بالدراهم بل جمیع المعاوضة التی یکون فیها شرط الدراهم
بالدراهم مثلان بمثل وهو ظاهر ومثلها ایضا موجود وظاهر انه لیس مخصوصا بالدراهم
ولا بالمثلین لدلیل آخر ومثلها موثقة زرارة لابن بکیر المجمع علیه عن ابی جعفر ع قال
سمعته لا یکون الربا الا فیما یکال او یوزن وصحیحة الحلبی عن ابی عبد الله ع لا یصلح التمر
بالرطب وما فی صحیحة ابی بصیر وغیره عن ابی عبد الله ع قال الحنطة والشعیر راسا
براس لا یزداد واحد منهما علی الآخر وروایة عبد الرحمن بن ابی عبد الله قال قلت
لابی عبد الله ع یجوز قفیز حنطة بقفیزین من شعیر قال لا یجوز الا مثلا بمثل ثم قال

ان الشعیر

ان الشعیر من الحنطة وصحیحة محمد بن علی قال سالته عن الرجل یدفع الی الطحان فیقاطعه علی
ان یعطی صاحبه لکل عشرة اثنی عشر دقیقا فقال لا قلت فالرجل یدفع السمسم الی
العطار ویضمن له بکل صاع ارطالا مسماة قال لا وهذه اوضح دلالة ولا تضر الاضمار
فی سند الخبر مرة وصحیحة الحلبی عن ابی عبد الله ع قال الفضة بالفضة مثلا بمثل
لیس فیه زیادة ولا نقصان الزائد والمستزید فی النار وهذه اوضح دلالة وسندا
وبالجملة امثال ذلک کثیرة وان لم یکن نصا فی جمیع المعاملات ولکن ظاهر فیها وبعضها
نص فی دخول بعض المعاملات مثل تقیید الحنطة بالدقیق علی الطحان وکذا السمسم
علی المراد علی ما تقدم فلا بد من القول بها وقد بینا ما فیما ذکره بان الاخبار المذکورة
لا تنهض باثبات المدعی للمنع من شمول اطلاقها لغیر البیع والدین وذلک اما لورودها
فی مقام الارشاد الی بعض احکام الربا فی الجملة کما هو ظاهر سوقها فلا یفید هنا الاطلاق
العموم او لان غیر البیع والدین من الافراد النادرة فلا ینصرف الیه الاطلاق سلمنا
شمول الاطلاق لمحل البحث ولکنه معارض بالعمومات الدالة علی صحة الصلح تعارض
العمومین من وجه والترجیح معها لوجوه تقدم الیها الاشارة فاذن القول الاول فی
غایة القوة ولکن الثانی احوط فلا ینبغی ترکه **منهل** لو اتلف رجل علی غیره
ثوبا یتمر درهم فصالحه عنه علی درهمین فهل یصح هذا الصلح او لا اختلف فیه الاصحاب
علی قولین الاول انه یصح هذا الصلح وهو للشرایع وعد والارشاد وکره والتحریر ولف
وحکاه فیه عن والده وابن ادریس وصرح فی ... اللمعة وش بانه المشهور بین
الاصحاب الثانی انه لا یصح ویکون باطلا وهو للخلاف وجامع المقاصد ولک وضه
والمحکی فی لف وغیره عن ط وابن البراج ویظهر من اللمعة وش التوقف للاولین وجوه
منها ما تمسک به فی الشرایع ولف من ان الصلح وقع عن الثوب لا عن الدرهم والورود
علیه فی لک وضه قائلا هذا انما یتم علی القول بضمان القیمی بمثله لیکون الثابت فی الذمة

ثوبا ويكون هو متعلق الصلح اما على القول الاصح من ضمانه بقيمته فلان اللازم لذمة المتلف انما هو الدرهم فيستلزم الصلح عليه بيعه هين الربا فيبطل على تقدير اشتراك الصلح مع البيع في عدم جواز الربا وبطلان العقد به واشار الى الايراد المذكور في الدروس و جامع المقاصد انتهى ومنها العمومات الدالة على صحة الصلح من قوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله ع المؤمنون عند شروطهم وقوله ع الناس مسلطون على اموالهم وقوله ع الصلح جائز بين المسلمين وقد تمسك به هنا في لف ومنها ما تمسك به في لف من خبر عمر بن يزيد قال سالت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل ضمن ضمانا ثم صالح على بعض ما صالح عليه قال ليس له الا الذى صالح عليه ومنها ما نبه في لف قائلا قال ابن الجنيد عقيب ما دعاه ان النبي صلى الله عليه وآله قال لكعب بن مالك وقد تقاضى غريما له اترك الشطر واتبعه ببقيته فخذه وهذا وان كان مثله لا يجوز في البيوع بان يباع الشيء ببعضه من جنسه فان في الصلح شبها بالبيع وبالاجارة وبعض الاماكن ومنها ظهور عبارة في دعوى الاجماع على ذلك فانه صرح بانه لو اتلف رجل على آخر عبدا حيوانا او ثوبا او شبههما قيمتها دينار فادعاه عليه واقر له به ثم صالحه منه على اكثر من ذلك صح عندنا وللاخرين ما تمسك به في الخلاف قائلا اذا اتلف رجل على غيره ثوبا يساوى دينارا فاقر له به وصالحه على دينارين لم يصح دليلنا انه اذا اتلف عليه الثوب وجبت في ذمته قيمته بدلالة ان له مطالبته ويجبر صاحب الثوب على اخذها فاذا ثبت ان القيمة هي الواجبة في ذمته فالقيمة ههنا دينار واحد فلو اجزنا ان يصالحه على اكثر من دينار كان بيعا للدينار باكثر منه وذلك ربا لا يجوز وقد نوقش فيما ذكره بانه انما يتم على تقدير كون الصلح بيعا كسائر العقود واما على تقدير كونه عقدا مستقلا كما هو المختار فلا كما لا يخفى لا يقال على تقدير كونه عقدا مستقلا يلزم الربا في محل البحث فيلزم ان يكون فاسدا لانا نقول لا نسلم تحقق الربا هنا الا على تقدير ان يضمن القيمي بقيمته واما على تقدير ان يضمن فيه بمثله فلا كما

نبه عليه في لك وضه وغيرهما على انا نمنع من تحقق الربا على التقدير الاول ايضا وان ادعاه في جامع المقاصد ولك وضه ومجمع الفائدة وغيرها وذلك لان قيمة الثوب المفروض كما يكون درهما كذلك يكون ربع دينار او انقص او ازيد من جنس الذهب لان قيمة الشيء عبارة عما يعادله ويساويه من جنس آخر ولا دليل على انه لا بد في قيم المتلفات من اعتبارها من جنس الدراهم والفضة فاذا وقع الصلح هنا بدرهمين لا يلزم ان يكون مقابلهما درهم واحد فلعل المقابل من جنس الدينار وبالجملة ما وقع الصلح عليه هنا نفس قيمة الثوب ولم يتعين كونها عبارة عن درهم واحد وكونه احد الافراد لا يستلزم الربا في محل البحث كما لا يخفى سلمنا تحقق الربا ولكن لم يثبت حرمته في غير البيع والانصاف ان المسئلة لا تخلو عن اشكال ولكن القول الاول هنا الاقرب سواء قلنا بحرمة الربا في غير البيع ام لا وسواء قلنا بان المضمون حيث يتلف القيمي هو القيمة او مثل التالف ولكن الاحوط على القول بحرمة الربا في غير البيع وبان المضمون في تلف القيمي القيمة ترك هذا الصلح وان الحكم بتحقق الربا فيه كما يظهر من جماعة محل اشكال بل الظاهر العدم فتم ويلحق بالثوب هنا جميع الاجناس وبالدراهم الدنانير وبالجملة لو اتلف رجل على آخر عبدا حيوانا كان او ثوبا او شبههما ويكون قيمته دينارا او درهما جاز الصلح على التالف المضمون بازيد من قيمته او بانقص منها حيث يستلزم الربا سواء كان من جنس النقدين او من غيره وقد نبه على ذلك في التذكرة

منهل لو ادعى دارا في يد غيره وانكر من هي في يده فتصالحا على ان يسكنها المدعى سنة صح وكذا يصح لو ادعى دارا فاقر له بها ووقع الصلح على سكنى المقر سنة وهل الصلح في الصورتين لازم ليس لاحدهما الرجوع فيه او لا فيه قولان احدهما انه لازم وليس لاحدهما الرجوع فيه وهو للشرايع وشد ولك وضه والكفاية وقد صرح بنفي الرجوع في الاولى في الارشاد والتذكرة وفي الثانية في القواعد والتحرير وقد ادعى الشهيد على اللزوم في

الصورتين في الكفاية ولهم على ذلك ما نبه عليه في التذكرة ولك وجه ويحتمل القائل
من ان الصلح عقد لازم مستقل في نفسه وليس فرعا على غيره وثانيهما انه ليس بلازم
بل لكل واحد منهما الرجوع فيه لانه هنا فرع العارية لان متعلقه المنفعة بغير عوض
فيهما وهو للشيخ على ما صرح به في الكفاية قائلا بعد الاشارة الى القول الاول واختاره
خلافا للشيخ حيث اجاز الرجوع بناء على كون الصلح هنا فرع العارية وقد اشار الى
هذا القول في يع ولك والتحرير وغيرها وهو ضعيف بل المعتمد هو القول الاول

مسئلة لو ادعى اثنان عينا في يد ثالث من دار او ثوب ونحوهما بانهما لهما
بالمناصفة وصرحا بالسبب الموجب للملك لهما من انهما ورثاها معا او وكلاهما
اشترياها معا بالمناصفة او نحو ذلك فصدق المدعى عليه احدهما فيما يدعيه من
ان النصف له وكذب الآخر ثم انه صالح المدعي ذلك الذي صدقه على النصف الذي
اقر له به بعوض صح فان كان هذا الصلح باذن شريكه سابقا على الصلح او لاحقا بناء
على صحة الفضولي صح الصلح على تمام النصف الذي وقع عليه العقد ويكون العوض بينهما
نصفين كما ان الاصل كان كذلك وان لم يكن الصلح باذن شريكه صح الصلح في حق المقر له
وهو الربع الذي هو نصف ما وقع عليه الصلح وبطل في ربع شريكه ويكون شريكا مع
المدعي بذلك الربع على ما صرح به في الشرايع وعد والارشاد والتذكرة والتحرير و
جامع المقاصد وصرح بعض بان ذلك مشهور بينهم ولهم ما نبه عليه في جامع المقاصد
قائلا لو صالح المثبت وهو صاحب اليد وقد ادعى عليه مدعيان بان العين الفلانية
ملك لهما بسبب يقتضي التشريك كالارث كاثنين يدعيان على زيد بان الدار
التي في يده ملك لهما بالارث من ابيهما فصدق احدهما وكذب الاخر فتحقق باقراره علم ملكه
لنصف الدار والاثنان متفقان على ان النصف كالكل مملوك لهما بالارث فيمتنع
استحقاق احدهما النصف من دون الاخر بل كلما يثبت انه مخلف عن ابيهما فهما

مشتركان

مشتركان فيه الى ان يعلم السبب لتناقل وقد ثبت باقرار الاين ان النصف مخلف
عن ابيهما فيشيع اقراره بملكه فيشترك بينهما والتالف بانكار المثبت بينهما فان قيل
انما اقر المثبت باستحقاق واحد فلا يستحق الاخر شيئا قلنا الاستحقاق
انما ثبت من جهة ان سبب الملك يقتضي التشريك ولا فرق بين ان يقولا ورثناها
ثم غصبها منا وعدمه كما نص في كرة لان سبب التشريك موجود فاذا صالح المقر
الحالة هذه عن النصف المقر به فاما ان يكون باذن شريكه [illegible] ان الاول صح — اولا فان كان
الصلح واشتركا في العوض لانه عوض مالهما المشترك وان الاخر [illegible] خاصة وبقي — في الربع
الربع الاخر على ملك الابن الاخر ان لم يجز الصلح واشار الى الوجه الذي ذكره في كرة
وقد يناقش فيما ذكروه وما ذكروه بانه انما يتم على تقدير كون النصف الذي وقع
الصلح عليه معينا مشخصا لا كليا كالنصف المفروض والمشترك فان جميع ما ذكروه
يتجه هنا قطعا ويكون ما ذكروه موافقا للقاعدة واما على تقدير كونه كليا كما في
صورة الشركة على وجه الاشاعة الظاهر هنا من كلام الجماعة المتقدم اليهم الاشارة فلا
كما نبه عليه في لك قائلا بعد الاشارة الى ما ذكره هؤلاء الجماعة وفيه بحث لان هذا
لا يتم الا على القول بتنزيل البيع والصلح على الاشاعة كالاقرار وهم لا يقولون به بل
يحملون اطلاقه على ملك البائع والمصالح حتى لو باع ابتداء مالك النصف نصف العين
انصرف الى نصيبه ووجهوه بان اللفظ من حيث هو وان تساوت نسبته الى
النصفين الا انه خارج قد ترجح انصرافه الى النصف المملوك للبائع نظرا الى ان اطلاق
البيع انما يحمل على المتعارف في الاستعمال وهو الذي يترتب عليه انتقال الملك
ولا يجري ذلك الا في المملوك بخلاف الاقرار فانه اخبار عن ملك الغير بشيء فيستوي
فيه ما هو ملكه وملك غيره واللازم هنا ان ينصرف الصلح الى نصيب المقر له خاصة
فيصح في جميع الحصة بجميع العوض وتبقى المنازعة بين الاخر والمثبت هنا ان وقع الصلح

على النصف مطلقا اما النصف الذي هو ملك المقر له اما لو وقع على النصف الذي اقر به المتشبث
توجه قول الجماعة لان الاقرار منزل على الاشاعة والصلح وقع على المقر به فيكون تابعا له فيهما
وعلى هذا ينبغي حمل كلامهم لئلا ينافي ما ذكروه من القاعدة التي ذكرناها وهذا توجيه حسن
لم ينبهوا عليه واما ما ذكره الشهيد في بعض تحقيقاته من احتمال انصراف الصلح الى حصة المقر له من
غير ضميمة ركن الاخر مطلقا وتبعه عليه الشيخ علي واورد عليه في مجمع الفائدة قائلا بعد
الاشارة الى ما ذكره وفيه بحث اما اولا فلان قول الجماعة ذلك انما هو في مال مشخص
من غير نزاع للبائع والمصالح وفيما نحن فيه ليس كذلك لوجود النزاع وعدم ثبوت نصف
خالص له بل انما ثبت له بحسب الشرع الادعاء لان الفرض ان جميع ما ثبت له مشترك
بينه وبين شريكه بحسب نفس الامر وحكم الشرع ظاهرا باقرارهما والظاهر انه لا نزاع
في ان المقر به مشترك بينهما ويفهم من كلامه ايضا ما صالح الا على بعضه وربع شريكه اذ ليس
نصف المصالح الا ذلك ولا يمكن له مصالحة النصف المخصوص وهو ظاهر لما مر ولما سيجيء
واما ثانيا فانه على تقدير تسليم ذلك هنا قرينة صريحة دالة على انه ما اصطلح الا على
النصف الذي قال به المتشبث وما قصد المتشبث والمقر له الا ذلك فينصرف اليه
وان كان مطلقا او مقيدا بكونه الذي يجب لظاهر رضى المقر له بالصلح عليه واما ثالثا
فلانه لا يحتاج هنا الى بحث وتوجيه فان كلامهم ظاهر بل صريح في ان المصالح عليه انما هو
النصف المقر به اذ لم يصالح المقر عليه وما ثبت بحسب ظاهر الشرع للشريك المصالح
الا ذلك اما الوجه بانه انما يصالح على نصفه الذي له في نفس الامر غير المتنازع والمقر به
فان كان المقر عالما ورضي به يلزمه الاقرار بثلثة ارباع العين الربع للشريك والنصف
للصالح وهذا بعيد اذ هو منكر للنصف الاخر ويقول انه ليس للاخر فيه شيء اصلا و
لهذا ما توجه الاصحاب الى هذا الاحتمال وحكموا مطلقا بما مر فالحكم كما قالوه سواء قال
صالحتك على النصف المقر به او مطلقا لانه ينصرف الى الاول الا ان يصرح مع علم

الصلح

الصلح لعدم رضاء الطرف الاخر وهو المقر له ومنه علم انه لو قال اني قصدت مالي من
غير اشاعة عندنا فان للمقر ان يقول اني ما اشتريت الا ما اقررت به وهذا مسموع منه
وعلم ايضا ان احتمال الشهيد الذي تبعه فيه الشيخ علي ليس بجيد بل المشهور هو الظاهر
والعجب ان المتاخرين خصوصا الشيخ علي قليلا ما يخرجون عنه مع ضعف دليله وقوة
دليل خلافه ويخرجون في مثل هذه المواضع فكان غرضهم مجرد ابداء الاحتمال لا الفتوى
وينبغي مراجعة كلامهم وعلى تقدير الفتوى فالظاهر انه في المطلق او مصرح لا الاخر وفيما
ذكره قدس سره نظر بل الاقرب ان يفصل فيقال ان وقع الصلح على موضع معين من
تلك العين على انه للمقر له فلا اشكال فانه يثبت ما ذكره لصاحبه الذي اقر باستحقاقه لتلك
العين باعتبار ذلك السبب فيجري التفصيل الذي ذكره الجماعة المتقدم اليهم الاشارة
ووجهه في غاية الوضوح وان وقع الصلح على النصف المشاع الذي هو كلي وليس
بمتشخص في الخارج بوجه من الوجوه ويستحقه المقر له باعتقاد المقر وهو المدعى عليه
واعتقاد صاحبه المشارك له في السبب فيختص المقر له بما وقع الصلح عليه ولا يشاركه
احد في شيء وذلك لانه مقتضى الاصول والقواعد الشرعية كما لا يخفى وليس لها هنا
معارض من شيء من الادلة الا دعوى بناء على ان مجرد فتوى جماعة بشيء لا يكون بنفسها
حجة شرعية واما دعوى الشهرة فهي غير ثابتة ولو سلمت ففي حجيتها اشكال ولا فرق
فيما ذكرناه من التفصيل بين ان يكون السبب المقتضي لاشتراك المقر له مع صاحبه
في تلك العين المتنازع فيها ارثا او غيره وينبغي التنبيه على امور الاول لو ادعى كل
واحد منهما النصف من غير سبب موجب للشركة كما لو ادعى احدهما النصف بسبب
الارث والاخر بسبب الشراء فصرح في يع والارشاد والتحرير ومجمع الفائدة والكفاية بانهما
لم يشتركا فيما يقر به لاحدهما دون الاخر بل يختص المقر له بما وقع عليه الصلح واحتج على ذلك
في جامع المقاصد وكذا في مجمع الفائدة بان ملك احدهما لا يستلزم ملك الاخر فلا يقتضي

الا قران لاحدهما بما بيد غيره مشاركا للآخر اياه وما ذكره حسن قبل ثبوت صحة دعوى المدعي
الاخر الذي لم يقر المدعى عليه له واما بعد ثبوتها فلا فرق بين محل البحث والمسئلة السابقة
في لزوم مراعاة التفصيل المتقدم وقد نبه على عدم الفرق بين المسئلتين في جامع المقاصد
قائلا فللقائل ان يقول لا فرق بين تغاير السبب وكونه مقتضيا للتشريك في عدم الشركة
لان الصلح انما هو على استحقاق المقر له وهو امر كلي يمكن نقله عن مالكه الى آخر ولهذا لو
باع احد الورثة حصته من الارث صح ولم يتوقف على رضى الباقين فان اجيب بان الانكار
لاستحقاق الآخر صير النصف كالتالف فيجب ان يكون كذلك مع اعتراف المقر له بالشركة
وقد سبق في البيع فيما اذا قال النصف لك والنصف الآخر لي ولشريكي ما ينافي
اطلاق ما هنا حيث انه حكم بالتشريك بينهما في الحاصل والتالف وفي احكام التنازع في الدين
تردد في التشريك وعدمه ونبه شيخنا الشهيد على ذلك في حواشيه على الكتاب وفيما
ذكره نظر فتأمل الثاني نبه في جامع المقاصد على الفرق في مسئلة الارث بين صورتي
وقوع الصلح قبل قبض الورثة لسهامهم وبعدها قائلا والذي يقتضيه النظر ان الحكم في
مسئلة الارث قبل قبض الوارثين صحيح لان الحاصل من التركة قبل القبض هو المحسوب
تركة بالنسبة الى الورثة والتالف لا يحتسب عليهم وكانه لم يكن وامتناع الوصول اليه كتلفه
في هذا والظاهر انه لا خلاف في ذلك اما بعد القبض واستقرار الملك لهم وانقطاع
كل من الورثة عن حق الوارث الآخر فلا دليل على التالف تعذر الوصول الى حق بعضهم لانكار
مع عدم التنبيه ونحوه تلف البعض في هذا الحكم والاصل عدمه فينبغي التوقف فيه وتلحظ
الحكم المذكور في البيع واورد عليه في […] بعد الاشارة اليه قائلا وهذا الفرق انما يتم فيما لو
قبض احد الوارثين شيئا من اعيان التركة وباعه اما الصلح فمبني على ما لو صالح احد
الشريكين في الدين على حقه فيه هل يختص بالعوض ام لا فالظاهر الاختصاص لان الذاهب
لا يخرج عن كونه حقا له والصلح لم يقع على عين خاصة حتى تشتركا في عوضها انما وقع على حقه

وهو امر يمكن

وهو امر يمكن نقله بعوض وغير عوض فالبحث الثاني في مسئلة الارث قبل القبض وبعده
الثالث صرح في […] بانه لو ادعى كل منهما انه اشترى النصف من غير تقييد بالمعية
معا يكون حكمه حكم ما لو ادعى كل منهما النصف من غير ذكر سبب الشركة الرابع
نبه في […] على بعض الفروع قائلا لو قال اشتريناها معا او ارثناها او قبضناها معا ونحو
ذلك فقد قرب في […] ان الحكم فيه كالاول لاعتراف المقر بان السبب المقتضي للملك
قد اقتضى تملك الآخر ويحتمل العدم لان نقل الملك لا يتعين لهذا الوجه بمنزلة الصفقتين
وقد صرح بجميع ما ذكره في جامع المقاصد ايضا منهل يجوز جعل سقي الزرع
والشجر بمائه عوضا للصلح بان يكون مورده امر آخر من عين او منفعة مع ضبط المدة المعلومة
فلو ادعى عليه فانكر وصالح المدعى عليه على سقي زرعه او شجره بمائه جاز ذلك مع ارتفاع
الجهالة من السقي بضبط المدة وقد نبه على ذلك في الشرائع وعد وشرح اللمعة وجامع المقاصد
و[…] وقضوا الكفاية ولهم الاصل والعمومات وما تمسك به في جامع المقاصد من انه
مال مملوك يقصد نقله فجاز جعله عوضا للصلح وكما يجوز ذلك يجوز جعل السقي المفروض
موردا للصلح وعوضه امر آخر من عين او منفعة وقد نبه على ذلك في الدروس وضة ولك
وحكى فيه عن الشيخ المنع من الصلح في المقامين قائلا القول بالمنع في المقام الاول للشيخ
محتجا بجهالة الماء والجواز اقوى مع ضبطه بمدة معلومة ومثله ما لو كان الماء معوضا مع ان
الشيخ جوز بيع ماء العين والبئر وبيع جزء مشاع منه وجوز جعله عوضا للصلح ويمكن
ان يكون منعه من الصلح على السقي المذكور مطلقا كما يدل عليه الاطلاق والماء فيه مجهول
فلا يدخل في احد الاقسام لانه لم يستحق جميع الماء ولا بعضا منه معينا انما استحق سقيا
لا يعرف قدره ولا منتهاه ومن ثم شرطنا في الجواز ضبط المدة وهو لم يصرح بالمنع مع
ثم صرح بانه لو تعلق الصلح بسقيه دائما لم يبعد الصحة محتجا بان جهالة مثل ذلك
يتسامح فيها في باب الصلح واشار الى ما ذكره من الحكم في […] ايضا وهو جيد

من فرق المسئلة والسؤال […] ومصنف الاحتمال الآخر ما ذكرته […]

تنبيه المدعى عليه وهو المنكر اذا طلب الصلح من المدعي كما لو قال صالحني على ما
تدعيه لم يكن اقرارا بعدم استحقاقه لما يدعي عليه الدعوى وبانه مال الغير كما نص
عليه في الشرايع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة ولف ودس واللمعة وضه
ولك ومجمع الفائدة والكفاية ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه
بعض الاجلة ومنها انه لو كان اقرارا بذلك لكان دالا عليه باحدى الدلالات
الثلث والتالي باطل فالمقدم مثله اما الملازمة فلظهور الاتفاق على انحصار دلالة
الالفاظ في المطابقة والتضمن والالتزام واما بطلان التالي فلانه لو دل باحدها
لكان تكذيبه في الدعوى والزامه باقراره عرفا ولكان مفهوما وكل ذلك باطل بالضرورة
ومنها ما تمسك به في يع قائلا اذا قال المدعى عليه صالحني عليه لم يكن اقرارا لانه قد
يصح مع الانكار وقد نبه في لك على وجه دلالة هذا التعليل على المدعى قائلا اشار
بالتعليل الى الرد على بعض العامة حيث زعم ان الصلح لا يصح الا مع الاقرار وفرع عليه
ان المدعى عليه قيل لو قال صالحني على العين التي ادعيتها يكون ذلك منه اقرارا لانه
طلب منه التمليك وذلك يتضمن الاعتراف بالملك وصار كما لو قال ملكني
ولما كان عندنا الاصل ممنوعا لجواز الصلح مع الانكار لم يكن طلبه اقرارا وقد تمسك
بالعلة المذكورة في ضه ومجمع الفائدة واشار اليها في كرة ايضا قائلا اذا قال
المدعى عليه المنكر صالحني على كذا لم يكن اقرارا منه لان الصلح قد يراد به تارة المعاوضة
وتارة قطع الدعوى والخصومة واذا احتملهما لم يحمل على الاقرار وينبغي التنبيه على
امرين الاول لو قال المدعى عليه المنكر مخاطبا للمدعي بعني او قال ملكني صرح في يع
والارشاد وكرة ولف والتبصرة والدروس ولك ومجمع الفائدة والكفاية بانه اقرار من
المنكر بان المال ليس له ولا يستحقه ولهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد
من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى الخلاف ولا الاشكال في ذلك وثانيهما ما تمسك ١

به في ذلك

به في لك قائلا انما لو قال بعني او ملكني كان اقرارا لانه صريح في التماس التمليك وهو ينافي كونه
له لاستحالة تحصيل الحاصل وقد ناقش فيما ذكره بالمنع من التنافي بين التماس التمليك
وكونه ملكا له وذلك لانه يجوز ان يحكم بانه ملك له بحسب ظاهر الشرع حيث انه انتقل من
والده اليه بالارث وحكم بانه ملكه بمجرد اليد ومع ذلك لا يكون ملكا له في الواقع لا مكان
الغصب والمعاملة الفاسدة وغير ذلك فالتماس البيع لعله لارادة تطبيق الظاهر
مع الواقع المحتمل فيرجع الى الاحتياط وهو كثير الوقوع خصوصا بالنسبة الى اهل الورع
والتقوى والتحقيق في المقام ان يقال بانتفاء احتمال ارادة الاحتياط فلا اشكال في انه
لا يكون اقرارا وان حصل الشك في المراد فينبغي التوقف ومعه لا يجوز الحكم بكون ذلك
اقرارا وهل الظن بالمراد هنا يقوم مقام العلم او مقام الشك فيه اشكال ولكن الثاني اقرب.
عملا بالعمومات المانعة من العمل بالظن من الكتاب والسنة فقوله بعني او ملكني ينبغي ان لا
يكون اقرارا الا اذا علم عدم ارادة الاحتياط لا ان يقال احتمال ارادة الاحتياط خلاف الظاهر
كما ان احتمال السهو والهزل خلاف الظاهر فلا يحمل عليهما الكلام المجرد عن القرائن ومع هذا
وان كان الظن الآن هذا الظن من الظنون المجمع على حجيتها قياسا الى الجماعة المتقدم
اليهم الاشارة من كون بعني وملكني اقرارا في غاية القوة حيث لم يقع على ارادة الاحتياط
دليل وعليه فهل يكون اقرارا من المنكر للمدعي او لا بل اقرار في الجملة فيه قولان احدهما
انه اقرار بان المال للمدعي وهو للتحرير ومجمع الفائدة وقد حكاه في لف عن الاكثر قائلا
المشهور ان قوله بعني وملكني اقرار للمدعي نص عليه الشيخ في ط بخلاف صالحني وثانيهما
انه اقرار في الجملة وليس اقرارا للمدعي وهو للمختلف والدروس والكفاية وذهب اليه في لك
قائلا لا شبهة في كون ذلك اقرارا بعدم ملك المقر وكونه ملكا لغيره في الجملة اما كونه ملكا
لمن طلب منه البيع والتمليك ففيه نظر من كونه اعم من ملكه اذ قد يكون وكيلا واذا احتمل
اللفظ الامرين لم يحصل المقتضي للملك كان منتفيا بالاصالة وبالجملة فيرجع الاقرار الى ٢

كونه مالكا للمبيع لا مالكا للبيع لانه اخص فلا يدل على العام نعم لو اقترن بذلك كون المطلوب
بيعه بحث يلتفت المخاطب بوجه جانب ملكه لدلالته حينئذ على الملكية والاصل عدم مالك آخر
وقد نبه لذلك العلامة في لف والشهيد في س وهو قوي ويتفرع عليه ما لو عاد
ولخوه آخر لا يثبت له ولم يغرم للاول اذ لم يحكم له به وقد يناقش فيما ذكره بان قوله
بعني وملكني وان كان بحسب الوضع اعم من كون المطلوب منه البيع والتمليك مالكا
او وكيلا او وليا ولكن هذا الاطلاق يفهم منه مجردا عن القرينة صورة كونه مالكا
لا وكيلا ولا وليا لندرتهما بالنسبة الى الاول فيجب الحمل عليها ولنحو ما ذكر حمل
الاطلاق على عدم السهو والعبث وعلى الاقرار والاصحاء عم من جميع ما ذكر وقد نبه
على ما ذكرناه في مجمع الفائدة وفيه نظر والتحقيق ان يقال ان كان المعتبر في الاقرار كون
كلام المقر نصا صريحا في الدلالة على المراد وما لا يعتبر بالدلالة المطابقية او التضمنية
فليس قوله بعني وملكني اقرارا اصلا فضلا عن ان يكون اقرارا للمدعى وان اكتفي في
الاقرار بمجرد ظهور اللفظ ولو من جهة الغلبة والمعهودية كما في المطلقات المحمولة على الا
فراد الشائعة فيكون قوله بعني او ملكني اقرارا للمدعي ولعل الاخير في غاية القوة لشهادة
العرف بذلك ويعضده فتوى الاصحاب في مقام وفتوى اكثرهم في مقام على ما حكاه
في لف كما لا يخفى فاذن القول الاول في غاية القوة ولكن مراعاة الاحتياط هنا وفيما
سبق حيث يمكن اولى الثاني الحق في التحرير والتبصرة والدروس بلفظ بعني في الدلالة
على الاقرار لفظا وهبني وزاد في التحرير فالحق به اتهب لفظ ابرأني وصح به في الارشاد
ومجمع الفائدة والحق بذلك في الارشاد والتبصرة لفظ احلني وجميع ما ذكروه في غاية
منهل يصح الصلح على اجراء الماء على سطحه وساحته بعد العلم بالموضع الذي
يجري منه الماء وبان يقدر مجراه طولا وعرضا لترتفع الجهالة عن المحل المصالح عليه وقد صرح
بصحة الصلح المفروض في الشرائع وعد والمعد ولك وضه والكفاية وظاهر الاصل

والعمومات

والعمومات مع عدم ظهور مخالف هنا وينبغي التنبيه على امور الاول صرح في ضه
ولك والكفاية بانه لا يعتبر تعيين العمق محتجين بان من ملك شيئا ملك قراره
الى تخوم الارض الثاني صرح في لك باعتبار مشاهدة الماء قائلا وقد اطلق المص
وغيره حكم الماء من غير ان يشترطوا مشاهدته لترتفع الغرر ولا باس باعتباره لاختلاف
الاغراض لقلته وكثرته ولو كان ماء مطر اختلف بكبر محله وصغره فمعرفته بكون
بمعرفة محله ونبه على ما ذكره هنا في ضه ايضا الثالث صرح في ضه ولك بانه لو سقط
السطح بعد الصلح واحتاجت الساقية الى اصلاح فعلى مالكها الاصلاح لتوقف الحق عليه و
ليس على المصالح مساعدته الرابع صرح في لك وضه والكفاية بانه لا فرق
في صحة ذلك بين جعله عوضا بعد المنازعة او بين ايقاعه ابتداء وهو جيد
القول في الحقوق واحكام النزاع في الاملاك **منهل** يجوز اخراج الاجنحة
والرواشن الى الطرق النافذة وقد صرح بذلك في الشرائع والارشاد وعد والتذكرة وجامع
المقاصد ولك ومجمع الفائدة والكفاية وقد صرح بجواز اخراج الاول في الغنية والجامع
وجاز اخراج الثاني في الدروس وظاهرهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه في مجمع
الفائدة قائلا الظاهر عدم الخلاف في ذلك ويؤيده تصريح بعض الاجلة بانه صرح بعض الاصحاب
بانه يجوز اخراج الرواشن والاجنحة الى الطرق النافذة ومنها ما نبه عليه في مجمع الفائدة
قائلا في موضع ان الاصل وعموم ما دل على جواز التصرف فيما خلقه الله تعالى يدل على ذلك
وفي موضع آخر دليل جواز اخراج جميع ما ذكر هو الاصل وجواز تصرف المالك في ملكه اي
تصرف كان مع عدم المانع ومنها ما نبه عليه في التذكرة قائلا ولان الناس اتفقوا على اشراع
الاجنحة والساباطات في الطرق النافذة وفي الشوارع المسلوكة في جميع الاعصار وفي سائر
البقاع من غير انكار فكان سائغا ويؤيده اولا تصريح الدروس بانه اتفاق الناس على
ذلك في جميع الاعصار والامصار من غير نكير وثانيا ما حكاه بعض الاجلة عن ابن

ادريس قائلا استنادا الى جريان العادة من غير ان ينكر احد وسقيفة بني ساعدة وبني النجار
مشهورتان ولم ينكرهما احد من المسلمين ونفس الطريق غير مملوكة وانما يملك المسلمون منافعها
دون رقبتها وقيل وكان ساباط في زمن النبي صلى الله عليه وآله ومنها ما نبه عليه في التذكرة ايضا
قائلا ولان النبي صلى الله عليه وآله نصب بيده ميزابا في دار العباس والجناح مثله لاشتراكهما
في المنفعة الخالية عن الضرر ومنها ما نبه عليه في التذكرة ايضا قائلا لانه ارتفاق بما لم يتعين
ملك احد عليه فكان جائزا وليس لاحد منعه كالاستظلال بحائط الغير والاستطراق في
الدرب وينبغي التنبيه على امرين الاول صرح في جامع المقاصد بان الروشن و
الجناح يشتركان في اخراج الخشب من الجدار الى الطريق بحيث لا يصل الى الحائط المقابل والبناء عليه
وان وصل فهو الساباط وزاد في الثاني قائلا وفسر اللغويون الروشن بانه الكوة وبانه د
الاول قائلا وربما فرق بينهما بان الاجنحة ينضم اليها مع ذكر ان يوضع لها اعمدة من الطريق
الثاني لا يشترط في اخراج الاجنحة والرواشن اذن الحاكم كما صرح به في التذكرة والقدس
ولهما الاصل وظهور اتفاق الاصحاب عليه لان من عداهما منهم اطلقوا جواز ذلك من غير ايماء
الى اشتراط الاذن ويعضده ما ذكر ما نبه عليه في التذكرة قائلا اشترط احمد في جواز اشراع
الجناح اذن الامام فيه فان اذن فيه جاز والا فلا وهو ممنوع لاتفاق الناس على عمله
منهل هل يشترط في جواز الامرين عدم معارضة مسلم فيهما فلو عارض مسلم
لم يجز وان انتفى الضرر وان وقعا وحصلت المعارضة لزم قلعهما او لا بل يجوز اخراج الاجنحة
والرواشن وان عارض فيه مسلم اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول انه يجوز ذلك
مط وان عارض فيه مسلم وهو لصريح الشرايع والارشاد وعد ولف و س ومجمع الفائدة و
ظاهر جامع المقاصد وك وحكى هذا القول في لف عن ف وابن ادريس وصرح في الكفاية
بانه المشهور الثاني انه لا يجوز ذلك الا مع عدم معارضة مسلم بل يجب القلع اذا عارض وهو
للغنية والمحكي في لف عن ط وابن البراج للاولين وجوه منها ما تمسك به في الكفاية من الاصل

وعدم

عليه

عدم حجة صالحة على اشتراط ذلك ومنها ما تمسك به في المهذب قائلا ولاتفاق الناس
في جميع الاعصار والامصار من غير نكير وانما اليه في لف بقوله قال في الخلاف لابن ط
ذلك وهو اختيار ابن ادريس لجريان العادة به ولم ينكر وسقيفة بني ساعدة وبني النجار
مشهورتان لم ينكرهما احد من المسلمين وقد يناقش فيما ذكراه بان دعوى اجماع المسلمين
ان كانت على اصل الجواز فلا تجدي في محل البحث فان القضايا المهملة في قوة الجزئية فلا
يستفاد منها امر كلي فلا ينطبق الدليل على المدعى وان كانت على الجواز في محل البحث
فهي ممنوعة وسندها المنع ولان عمل المسلمين من جملة الافعال وقد تقرر في الاصول ان
الافعال مجملة لا عموم فيها وثانيا بمخالفة جماعة منا عيان لما سيأتي في الجواز هنا وقد تقدم
الاشارة وفيه نظر فان المستفاد من سيرة المسلمين قديما وحديثا الجواز مط ولو مع معارضة
اذ لو لم يجز الا مع عدم المعارضة وكونها من اسباب المنع والفعل وان كان في نفسه ولكنه
قد ينضم اليه امور عادية تقتضي العلم بالعموم ومجرد مخالفة جماعة غير قادح في الاجماع كما
تقرر في الاصول فتم ومنها عموم قوله ص الناس مسلطون على اموالهم وقد نبه عليه
في مجمع الفائدة بقوله دليل جواز اخراج الامرين فحيا به اذا كان الطريق النافذ بشرط
عدم الضرر بالمارة بان يكون عاليا مثلا هو الاصل وجواز تصرف المالك في ملكه اي
تصرف كان مع عدم المانع ومنها قوله ص المؤمنون عند شروطهم ومنها انه لو
وجب القلع بعد معارضة مسلم لترتب الضرر العظيم على المخرج والاصل عدمه لعموم ما
دل على نفيه فتم وللاخرين وجوه ايضا منها ما تمسك به في الغنية من ان الطريق النافذ
حق لجميع المسلمين فان انكر واحد لم يجز ان يغصب على حقه ووجب قلع ما احدث فيه
وفيه نظر اما اولا فلانه ان اريد منه انه حق لهم انه يجوز لهم التصرف فيه بالمرور ونحوه فهو
٥ مسلم ولكنه لا يفيد ثبوت المدعى لعدم الدليل على ان كل حق يقتضي منع الغير من
جواز التصرفات فان الاوقاف العامة كالمسجد حقوق لارباب من المسلمين مثلا مع انه

لا يجوز لكل واحد منهم منع الآخر عن التصرف فيها وان اريد انه ملك لهم مشترك بينهم
كالعقار المشترك بين جماعة فهو ممنوع للاصل وانه لو كان ملكا لهم لما جاز لكل منهم التصرف
فيه مطلقا الا باذن الآخر فضلا عن المعارضة وقد نبه على ما ذكرناه في مجمع الفائدة قائلا
في مقام تعقيب الاشارة الى الوجه المذكور هذا يدل على انه ملك له وهو غير ظاهر بل انما الكل
احيا للاستطراق لا غير فليس لاحد منع ما لا يضر بذلك الانتفاع فقولهم انه ملك للمسلمين
مجاز وتسامح وفي مقام آخر ويمكن ان يقال ليس لاحد في هذا الطريق ملك ولا حق عام
بل الناس شرع في الانتفاع به اي انتفاع كان ما لم يمنع من الانتفاع المطلوب الموضوع له
فان كان غير المرور او المرور في بعض الاوقات فانه يمنع من مرور آخر في ذلك الوقت
فليس لاحد المنع مطلقا وايضا لو كان حقا مثل سائر الحقوق فكان ينبغي عدم جواز التصرف
بالمرور ايضا الا باذن الجميع لانه مشترك وقد بينا المبالغة في عدم جواز التصرف في المشترك الا
الا باذن شريكه والظاهر عدم الخلاف في ذلك ويؤيد ما ذكره قول التذكرة الشوارع
لا يجري عليها ملك احد ولا يختص بها شخص من الاشخاص بل هي بين الناس كما قد شرع سواء
بلا خلاف واما ثانيا فلان تجويز كونه حقا لهم لو اقتضى ذلك لما جاز اخراج الامرين
المذكورين مع معارضة الكل فانه لا استحقاق له في الجملة كالمسلم وقد نبه على هذا في
مجمع الفائدة ايضا قائلا وظاهر عباراتهم في التقييد بالمسلم ان ليس للكافر ذلك مع انه
لا يتم حقه له وصرح به في التذكرة واما ثالثا فلانه لا يصلح لمعارضة الوجوه المتقدمة المقتضية
بالشهرة العظيمة الدالة على القول الاول ومنها ما تمسك به في الغنية من انه لا خلاف
في ان المخرج للامرين لا ينفرد بملك شيء من القرار والهواء والبناء تابعان له فلا يملكهما
وفيه نظر واضح فان الملازمة ممنوعة لفقد الدليل ومنها ما تمسك به في الغنية من انه
لو سقط ما اخرجه على انسان فقتله او على مال فاتلفه لزمه الضمان بلا خلاف فلو كان
يملك لما لزمه ذلك وفيه نظر اما اولا فللمنع من الحصر الاخير واما ثانيا فللمنع من

صلاحية كالثاني لمعارضة ادلة القول الاول وقد نقل في الدروس الوجوه المذكورة عن الخلاف
واجاب عنها بقوله قلنا الغرض عدم التضرر والمانع معاند ثم ادعى اجماع المسلمين على
القول الاول وهو المعتمد عندي وعليه لا فرق فيما ذكرناه بين كون عرض المسلم
المعارض المخرج هو من جداره او لا كما صرح به في مجمع الفائدة ولا بين ان يستوعب المخرج
الطريق او لا كما صرح به فيه ايضا **منهل** يشترط في اخراج الاجنحة والرواشن
ان لا يكون مضرة بالمارة فلو كانت مضرة بجميعهم في جميع الاحوال التي يحصل فيها المرور
منهم لم يجز اخراجها وقد صرح بذلك في الغنية والشرائع والارشاد وعد وكره ومش
والجامع ولك ومجمع الفائدة والكفاية ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه
ومنها تصريح مجمع الفائدة بدعوى الاجماع على ذلك ومنها ما تمسك به فيه من
عموم قوله لا ضرر ولا ضرار فيلزم ان يكون عاليه بحيث يرتفع بعلوها الضرر عنهم
كما نبه عليه في الغنية ويع وكره ومجمع الفائدة والكفاية وينبغي التنبيه على امور
الاول المرجع والضابط في الضرر المانع من الاخراج وعدمه هو العرف ويختلف
باختلاف حال الطريق وقد صرح بذلك في التذكرة وجامع المقاصد ولك بل الظ
انه مما لا خلاف فيه ويدل عليه مضافا الى ما ذكر ما تقرر في الاصول من ان المرجع في فهم
معاني الفاظ الكتاب والسنة وكلام العلماء هو العرف حيث تنتفي الحقيقة اللغوية
والشرعية والمراد من العرف هنا هو العرف العام لا الخاص فانه على تقدير وجوده لا
يحمل عليه ما ذكر من الالفاظ بالاتفاق على الظاهر الثاني صرح في لك والكفاية بانه يعتبر
في المارة ما يليق بتلك الطريق عادة قائلين فان كانت مما يمر عليها الفرسان اعتبر ارتفاع
ذلك بقدر لا يصدم الرمح على وضعه عادة واعتبر في التذكرة مروره ناصبا رمحه لا
قد يزدحم الفرسان فيحتاج الى نصب الرماح ونفاه في الدروس لندوره ولامكان
اجتماعهم مع امالة الرمح على وجه لا يبلغهم وهو قوي واشار اليه بما حكاه عن [illegible] الى فواد

ولا يشترط ان لا يصدم رمحا منتصبا بيد فارس لعدم مساس الحاجة اليه ولسهولة
وقد ذهب في مجمع الفائدة الى ما صار اليه في التذكرة قائلا بعد نقل ما في التذكرة وهو
قوله فان كان ضيقا لا يمر فيه الفرسان وجب رفعه بحيث يمر المار تحته منتصبا والمحمل
مع الكنيسة المضروبة على راسه على البعير لانه يتفق في الشاع احيانا وان كان نادرا فلا يشترط
الزيادة عليه وقال بعض الشافعية يجب ان يكون بحيث يمر الراكب تحته منصوب الرمح
الى قوله وان تمكن الناس من المرور تحته ورمحه منتصب لا يبلغه لانه قد يزدحم الفرسان
فيحتاج الى ان ينصب الرماح وقال بعض الشافعية لا يقدر بذلك لانه يمكنه وضع
الرمح على عنقه بحيث لا ينال رمحه احدا وليس بجيد لان ذلك فيه تعسر ما لعظمه
هذا اذا كان الطريق للجيوش والفرسان الكثيرة لا يبعد اعتباره اذ قد يتفق ولا
يندفع بالتنحية ولا بامكان امالته على وجه لا يبلغهم اذ قد لا يمكن ذلك لكثرة الفرسان
او لا يميل فيضر بالفرس والراكب وبه يندفع كلام الشافعي ولا شك انه احوط وبعد
العادة يجب فتم وقد ناقش فيما ذكره اولا بان الاصل يقتضي ما ذهب اليه في الدروس
وكذلك عموم ما دل على جواز تصرف الانسان في ملكه مطلقا وقد اعترف بهما وثانيا
بعدم صدق الضرر على المار فقط لتقدير العمل بما في الدروس سلمنا صدقه في بعض الفروض
النادرة ولكن النادر حكمه حكم المعدوم ومن تتبع موارد الشرع ظهر له ان بناء الشريعة
على اناطة الاحكام بالغالب لا النادر واما ثانيا فان اخراج الامرين الا في صورة نادرة في
الغاية وهو خلاف المعلوم من سيرة المسلمين قديما وحديثا خصوصا في مسلكهم
فاذا ما صار اليه في س هو الاقرب ولكن ما في كرة احوط فلا ينبغي تركه ثم صح في لك
والكفاية بان الطريقان كانت ما تمر فيها الابل اعتبر فيها مروره محملا ومركوبا وعلى ظهره
محمل ان كان مروره مثل ذلك عادة وزاد في الثاني قائلا وهكذا يعتبر ما يجري العادة
بمروره على تلك الطريق وما ذكراه جيد وصح في التذكرة بان الطرق ان كانت ما يمر فيها

الجيوش

الجيوش والاحمال وجب ان لا يضر بالعماريات والكنائس وهو جيد ايضا الثالث لو كان
اخراج الجناح والروشن بحيث يصيران مشرفين على بيوت الجيران فيتضررون بالاشراف
فهل يمنع من ذلك ام لا يجوزان مط ولو تضرر الجار بالاشراف فيه قولان احدهما
انه يجوز ذلك مط وهو صريح لك ومجمع الفائدة وربما يستفاد ذلك من الغنية
ولمع وعد وس والجامع والكفاية لانها صرحت بانه يجوز اخراج ذلك اذا لم يكن مضرا
بالمارة ونبه على هذا في لك والكفاية قائلين وتقييدهم بتضرر المارة يدل بمفهومه على
عدم اعتبار تضرر غيرهم كما لو تضرر جاره بالاشراف عليه وزاد في الثاني فيصح بان هذا
القول اشهر وثانيهما انه لا يجوز ذلك وقد ذهب اليه في التذكرة قائلا لو تضرر جاره
بالاشراف فالاقرب له المنع وكذا ذهب اليه في موضع من الدروس ايضا وربما يستفاد
من الارشاد لقوله يجوز اخراج ذلك مع انتفاء الضرر للقول الاول وجوه منها
ما تمسك به في مجمع الفائدة قائلا لا يبعد الاشارة اليه وجهان الاصل وعموم ما
يدل على جواز التصرف في ملكه الله تعالى يدل على جواز ذلك كله خرج منه الضرر بالمارة
بالاجماع وبلا ضرر ولا ضرار بقي الباقي تحته ومنها عموم قوله الناس مسلطون
على اموالهم ومنها قوله المؤمنون عند شروطهم ومنها انه يجوز تعليته داره او داره
بحيث يستلزم الاشراف فكذا هنا واشار الى ما ذكره في لك بقوله لا يمنع من الاخراج
لاجل الاشراف كما لا يمنع لو كان وضعه في ملكه وكذا اشار اليه في الكفاية ايضا واجاب
عن هذا في كرة قائلا بعد قوله فالاقرب ان له المنع لانه قد يحصل الضرر مع الاشراف
لان للانسان التصرف في ملكه كيف شاء ويمنع في الملك من الاشراف على الجار لانه من
التعلية المقتضية لامكانه ولست اعرف في هذه المسئلة بخصوصها نصا من الخاصة
ولا من العامة وانما صرت الى ما قلته من اجتهادي ولعل غيري يقف عليها ويجتهد
فيؤدي اجتهاده الى خلاف ذلك واشار في س الى الفرق بين الامرين ايضا قائلا

الغرف انه متسلط على ملكه مط والروشن يشترط فيه عدم الضرر لان الهواء ليس ملكه
وما يرد على ما ذكره في ذلك قائلا بعد الاشارة اليه وفيه نظر لان المعتبر في الوضع في
الطريق عدم الاضرار باهل الطريق لانه موضوع للاستطراق فيمنع مما ينافيه اما
اعتبار عدم الاضرار بغيرهم فلا دليل على المنع منه بل تقدم انه لا يمنع ما يضر بغير من
يعتاد سلوكه خاصة فضلا عن غير المارة والجار خارج عن كله فلا وجه للمنع مما يقتضي
اضراره كما لو احدث بناء في مباح يقابله واستلزم الاشراف وكلام العلامة مرة وغيره
حيث قيدوا الضرر بالمارة دليل عليه وانما عمم هو الضرر في كرة خاصة ويؤيد
ما ذكره ما نبه عليه في مجمع الفائدة بقوله بعد ما حكيناه عنه سابقا ويؤيده ان الممنوع
هو التطلع في عورات الناس لا التمكن منه فانه يجوز مثل ذلك في ملك الباب غير
الطريق فان الظاهر ان لكل احداث بني في ملك مباح وان يحصل العلو والتسلط
على جاره ومنها ان جواز الاخراج لو كان مشروطا بعدم الاشراف لاشتهر بل تواتر
لتوفر الدواعي عليه والتالي بط قطعا ومنها ان عدم الاشراف لو كان شرطا للزم
القلع اذا اتفق الاخراج على نحو يوجب الاشراف عمدا وسهوا لعذر شرعي وهو ضرر
غالبا والاصل نفيه لعموم ما دل على نفيه شرعا وللقول الثاني ما نبه عليه في التذكرة
من عموم ما دل على نفي الضرر وفيه نظر اما اولا فللمنع من استلزام الاشراف بنفسه
الضرر واما ثانيا فلمنع كون الضرر اللازم من الاشراف على تقدير تسليمه بالضرر المترتب
على لزوم القلع كما بيناه وعلى المنع من الاخراج وهو اولى بالترجيح لاعتضاده بظهور
مصير الاكثر الى القول الاول وبالوجه المتقدم الدال عليه فاذن هو الاقرب ولكن
القول الثاني احوط كما نبه عليه في مجمع الفائدة قائلا ولا شك انه احوط للاضرر ولا اضرار
فلما كان في دلالته على ما نحن فيه خفاء فانه مجمل والضرر واقع في الشرع كثيرا وليس
بمعلوم مقدار الممنوع منه قال في التذكرة ولسنا نعرف فيه اه الرابع اطلاق المارة في

كلام المعظم يعم المؤمن والمخالف والكافر الخامس لو كان وضع الجناح والروشن يوجب
الضرر على بعض المارة دون بعض فلا تخرج عن صور منها ان يضر بمعظم المارة في جميع الاوقات
او معظمها وهنا في الحكم بجواز اخراجهما اشكال من ان الاصل وان المفروض في العبارات
الضرر بالمارة وهو ظاهر في اختصاص المنع من الاخراج بصورة تضرر جميعهم لا بعضهم
وان كان المعظم ومن ان الغالب اناطة الاحكام الشرعية بالاكثر وان النادر حكمه حكم المعدوم
وتحقق الحكمة في المنع من الاخراج في محل البحث وندرة ترتب الضرر على الجميع وامكان
دعوى الاتفاق على المنع هنا وان اختصت العبارات بغيره فاذن احتمال المنع في غاية
القوة مع انه احوط ومنها ان يضر بالبعض النادر في جميع الاوقات وهنا في جواز
الاخراج اشكال ايضا ولكنه في غاية القوة واولى بالجواز اذا اضر به نادرا او في اغلب الاوقات
ولكن مراعاة الاحتياط مهما امكن اولى السادس لو كان اخراج الامرين يوجب الضرر
على المارة من جهة ويقتضي النفع لهم من اخرى كدفع اذية الحر والبرد والمطر وغير ذلك
فهل يجوز ح اولا فيه اشكال ولكن الاحوط الترك بل احتمال لزومه في غاية القوة حيث
يكون الضرر اعظم لاطلاق كلام الاصحاب واما اذا كان النفع اعظم فالظاهر الجواز و
ان تساويا فالاحوط المنع وان كان احتمال الجواز في غاية القوة السابع اذا كان اخراجهما
يوجب ظلمة الدرب فان كان بحيث يبطل الضياء بالكلية فلا يجوز لانه صرح في التذكرة
بدعوى الاجماع على ذلك قائلا لو اظلم الطريق بوضع الجناح او الروشن او الساباط فان
اذهب الضياء بالكلية منع اجماعا ويعضده اولا قول جامع المقاصد وظلمة الدرب بهما
ان كان بحيث يبطل الضياء بالكلية مانعة اجماعا وثانيا قول المسالك فان ذهب الضوء بالكلية
بهما منع اجماعا وثالثا قول الكفاية ولو اظلم بها الطريق بحيث يذهب الضياء بالكلية
منع بلا خلاف اعرف ويؤيده ما ذكره عموم ما دل على نفي الضرر واما اذا لم يكن ذلك
مما يوجب ذهاب الضياء بالكلية فهل لا يجوز ح اخراجهما حيث يترتب عليه ظلمة

التدريب مطلقا ولا بل يجوز فيه اقوال احدها انه لا يجوز ذلك مط وهو للمختلف ومعقود من
وجامع المقاصد لانهم اطلقوا ان طلبة التدريب بهما يمنع من اخراجهما ثانيها انه يجوز ذلك
مط وهو لظاهر الجامع والمحكي في الشرايع من بعض بلفظ قيل وفي لك عن المبسوط و
صح في لك بان القائل الشيخ في ط وموضع من الخلاف وفي جامع المقاصد بانه مذهب
الشيخ فقد استفاض نقله عن الشيخ ره وثالثها ان ذلك لا يجوز ان تضرر به المارة
ولو باعتبار ضعف البصر ويجوز ان لم تتضرر به المارة وهو للتذكرة ولك والكفاية وهو
في غاية القوة بل قد يدعى الاتفاق عليه وعدم تحقق الخلاف في نفس الحكم وان النزاع راجع
الى النزاع في الموضوع فالقائل بالاول يدعي استلزام محل البحث الضرر مط وربما يدل
عليه ما صرح به العلامة في لف قائلا قال في ط طلبة الطريق بالروشن في الناقد ليس
اخراجا به والاجود انه اضرار به فان ضعيف البصر يتعثر عليه وكذا ما صرح به في جامع المقا
قائلا الاقوى عدم جواز ذلك خلافا للشيخ لان ذلك يضر بضعيف البصر والقائل يدعي
ان ذلك لا يستلزم الضرر مط والقائل بالثالث بين صور المسئلة وهو في غاية القوة
نعم تصحيح لك والكفاية بان الاضرار بضعيف البصر خاصة يمنع من اخراجهما مشكل بل
الاقرب خلافه فلان ضعف البصر بحيث يتضرر بذلك ولو ليلا في غاية الندرة وقد بينا
ان المعتبر في المنع هو تضرر المارة كلهم او اكثرهم في جميع الاوقات او اكثرها لا تضرر واحد
او اثنين او جماعة قليلة في وقت من الاوقات فان ذلك لو كان مانعا لما جاز اخراجهما اصلا
لعدم تحقق صورة لم يترتب عليه ضرر ما اصلا ولو بالنسبة الى واحد في شيء من الاوقات وهو
خلاف المعلوم من سيرة المسلمين في جميع الامصار والاعصار كما صرح به جماعة من علمائنا
الابرار على ان الضرر الحاصل لضعيف البصر بذلك يعارضه النفع الحاصل لجميع المارة او
اكثرهم حتى ضعيف البصر من الوقاية عن ضرر الحر والبرد والمطر وغير ذلك وهو اولى
بالترجيح قطعا فان ارتكاب الشر القليل لجلب الخير الكثير مما يشهد العقل بحسنه

او غيره

بل ولزوم مرفقه ولو فرض ترتب الضرر على المارة او اكثرهم بذلك ولكن الخارج لهما
يلتزم بدفعه بالاسراج هنالك فهل يجوز الاخراج او لا اشكال في مجمع الفائدة الى الثاني
قائلا الظاهر ان المراد بذلك ابدا او بعضها اعم من ان يكون في اوقات المرور او كلها ليلا او نهارا
بالنسبة الى كل احد او بعض مثل ضعيف البصر مع العادة والضرر اعم من ان يكون للعثر
فيه او للتكلف بشيء من المارة وغيره ذلك والظاهر انه لا يندفع بوضع السراج اذ قد لا
يذهب بالكلية وقد ينطفي في الاثناء وقد ينسى او قد يموت الواضع ولا يفعل
غيره وهو ظاهر وبالجملة الخلاص من ضرر الساباط ونحوه مشكل فالترك اولى وقد
يناقش فيما ذكره بان المناط في المنع هو صدق الضرر فعلا لا قوة ولو كانت قريبة وعليه
لا يضر ما ذكره الا في بعض الصور اذ مع اتحاد المانع من ترتب الضرر لا يصدق اسمه حقيقة
فيبقى المقتضي للجواز سليما عن المعارض فاذن الاقرب هو الاحتمال الاول من جواز اخراجها
وابقائها على حالها حيث لم يتحقق المانع وهو الضرر فعلا وان تحقق منع من الامرين و
لكن ما ذكره من الاولوية لا باس بها الثامن اذا اخرج جناحا او روشنا يجب برجاء
الضرر على المارة فصح في الشرايع والتذكرة ولك ومجمع الفائدة والكفاية بانه يجب ازالتها
وقلعها وهو احوط بل في غاية القوة لعموم ما دل على نفي الضرر ولانه تصرف في حق الغير
لا على الوجه المشروع فيكون ظلما والظلم يجب رفعه ولعدم ظهور مخالف مع ظهور جماعة
من علمائنا الاصحاب به مع عدم اشارتهم الى الخلاف ولا اشكال فيه وهل يجب الازالة على
كل مكلف عالم بذلك متمكن منها من غير ضرر او لا فيه احتمالان احدهما انه لا يجب
على كل احد موصوف بما ذكرناه وقد صار اليه في لك قائلا وجوب ازالتها لا يختص بواضعها
وان كان الامر منه اكد لكونه غاصبا فان ازالتها دفع لمنكر فيجب على كل قادر المعاونة
عليه بالقول والفعل ويأثم تارك النهي مع قدرته كما في كل منكر وقد اشار الى ما ذكره
في الكفاية ايضا فهو موافقه في المذهب وقد يناقش فيما ذكره بالمنع من كون الازالة من

قبل النهي عن المنكر الواجب لان النهي عن المنكر انما يقصد منه ردع من يريد عن
فيكون الواجب هنا ويحقق هنا ممنوع لان المنكر وهو الاخراج قد وقع فلا وجه للنهي عنه
كما لا يخفى الا ان يقال ان الاخراج معصية وابقائهما على حالهما من غير ازالة معصية
اخرى فالازالة نهي عن هذه المعصية وقد يجاب عنه بان النهي عن الابقاء والتصرف
فيما اخرجه المخرج لا ينحصر في الازالة حتى يحكم بوجوبها على كل مكلف بل يتحقق بغيرها
ومنها فهاده على الازالة ثم ان كل ذا على تقدير كون الاخراج مط معصية وهو ممنوع
اذ قد يتفق الاخراج ولا يكون معصية فلا وجه للحكم بوجوب الازالة بعد اخراجها باعتبار
كونه منكرا مط وثانيهما ان الازالة تجب على الواضع وقد صار اليه في التذكرة قائلا
اذا وضع الجناح او الروشن او الساباط في الدرب المسلوك على وجه يضر يجب ازالته
وعلى السلطان الزامه بذلك واشار الى وجه هذا الاحتمال في مجمع الفائدة قائلا بعد نقل
عبارة التذكرة وكذا المقدسين لعل في قوله المعاونة وقول كره عليه وعلى السلطان
الزامه اشارة الى انه لا يكلف الغير بالازالة فانها تكليف شاق وفيها صعوبة فلا يكلف
غير الفاعل وانما الواجب ازالته على الواضع وعلى الغير الزامه وانه يجب بذلك
لا ازالته كما في بعض العبارات وكلام كره مشعر به حيث قال على السلطان الزامه وما قال
يجب ازالته والظاهر انه لا يجب على الغير ارتكاب الازالة خصوصا مع المشقة للاصل و
لانه اذا حفر احد بئرا في الطريق فالظاهر عدم وجوب طمه والواجب المنع ويكلف الفاعل
ويعضد ما ذكره انه قد يكون في تكليف جميع المكلفين بالازالة اضرار بهم باعتبار توقفها
على بذل المال واعطاء الاجرة ونحو ذلك غالبا والاصل عدمه فان الاقرب هذا الاحتمال
وعليه يجب على الفاعل بذل الاجرة لا الى المرء ما يتوقف عليه ولكن جوازها لكل احد محتمل
قويا لعموم قوله تعالى ما على المحسنين من سبيل وقوله تعالى تعاونوا على البر والتقوى
واذا اتفق اخراجهما لا على جهة المعصية كما اذا اخرجهما عالما وظانا بعدم تضرر المار به ثم

بتين

تبين الخطاء فالظاهر عدم وجوب الازالة على غيره ووجوبه عليه التاسع هل يفسد الصلوة
والوضوء والغسل ونحوهما في الجناح والروشن المخرجين على وجه منهي عنه باعتبار تضرر
المارة او لا فيه احتمالان احدهما الفساد ووجهه ما نبه عليه في مجمع الفائدة قائلا ولا يصح
العبادات على ذلك السطح لوجوب ازالته لاحتمال كون هذا التصرف منهيا بل يصح عبادة
واضعه في غير هذا المحل الا في سعة الوقت لانه غاصب حقا مضيقا مامورا بازالته
بل يشكل صحة عبادة كل من يقدر على ازالته لما قدمنا فانه يجب عليه من باب الامر
بالمعروف ولا شك انها لا تصح مع المقدمتين كون الامر بالشيء مستلزما عن ضده الخاص
وكونه مفسدا للعبادة وقد مر ذلك وهو مذهب جماعة من العامة والخاصة فقد كرره
وقد نبا فتش فيما ذكرنا اولا بالمنع من تعلق النهي بهذا التصرف لفقد الدليل عليه من الادلة
الاربعة وكون الاخراج حراما والازالة واجبة لا يقتضيان عدم جواز التصرف المذكور بوجه
من الوجوه فيبقى العمومات الدالة على صحة العبادات وعموم قولهم الناس مسلطون على
اموالهم سالمين عن المعارض فتم وثانيا بالمنع من كون الامر بالشيء مستلزما للنهي عن ضده
الخاص ولعدم الامر به وان قال بكل من الامرين جماعة من الاصوليين وكذا نمنع استلزام
صحة العبادة هنا تعلق الامر والنهي بشيء واحد واجتماعهما فيه كما منعه جماعة من محققي
الاصوليين في الصلوة في الدار المغصوبة فاذا احتمال الصحة في غاية القوة ولكن لا شبهة
في ان الاحوط احتمال الفساد تنبيه لا يختص التصرف في الطرق النافذة باخراج الرواشن
والاجنحة بل يجوز فيها احداث امور عديدة منها فتح الابواب المستجدة وقد صرح به في
الشرايع والارشاد والتذكرة وعد والدروس ولك والكفاية ولهم وجوه منها الاصل
ومنها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى الخلاف ولا
اشكال في ذلك ويؤيده عمل المسلمين قديما وحديثا كما لا يخفى ومنها عموم قولهم
الناس مسلطون على اموالهم ومنها ما تمسك به في لك من ان المسلمين فيها شرع فيجوز

احداث الابواب اليها لمجاورها ولا فرق في ذلك بين ان يكون لتلك الدار باب اخر اليها او الى
غيرها من الطرق النافذة كما صرح به في ك وهو ظاهر غيره من الكتب المتقدمة وصرح في ك
بانه لا يقدح في ذلك صيرورة المرفوعة نافذة بسبب الباب المفتوح المتصل بالنافذ محتجا
بان ذلك يوجب نفوذ داره لا نفوذ الطريق اذ ليس لاحد دخول داره الا باذنه فلا
يتحقق نفوذ الطريق وهو جيد وصرح في التذكرة بانه لا فرق في ذلك بان يكون نحو قديم
اولا وهو جيد ايضا وفي القواعد بانه يجوز ذلك مع انتفاء ضرر المارة وان عارض
مسلم وهو جيد ايضا ومنها فتح الرواشن والشبابيك والظاهر انه لا خلاف فيه
بين الاصحاب ومنها وضع الساباط وقد صرح بخصوصه في التذكرة والقواعد وس
ومجمع الفائدة ويدل عليه جميع الوجوه المتقدمة الدالة على جواز اخراج الرواشن و
الاجنحة وشباكها في جميع الاحكام المتقدمة والتفريعات الماضية فلا يمنع من اخراجه
معارض مسلم ويمنع مع اضراره بالمارة وقد نبه على هذا بلا ريب في الكتب المتقدمة
ولا اشكال في ثبوت الضرر المانع من الاخراج هنا وفيما تقدم ونحوهما بالعلم به باي سبب
كان ولو كان باقوال الكفار والحدس والتجربة وهل يقوم الظن مقامه الاقرب لا الاحوط
ذلك واذا علم بانتفاء الضرر او ظن فلا يمنع من الاخراج واذا شك فيه فالاحوط الترك
ولكن في لزومه اشكال بل احتمال الجواز اقوى وهل يعتبر قول اهل الخبرة مع عدم افادته
الظن فيه اشكال ولكن الاقرب العدم وان كان الاحوط في بعض الصور القبول واما شهادة
العدلين فالاقوى قبولها مطلقا دون العدل وشهادة النساء منفردات ومنضمات
مع الرجال ومنها اخراج الميازيب مع انتفاء الضرر وان عارض مسلم وقد صرح بما ذكر
في الارشاد والقواعد وكذا صرح به في التذكرة قائلا يجوز فتح الابواب ونصب الميازيب
في الشوارع النافذة لان الناس باسرهم اتفقوا على وضع الميازيب ونصبها على سطوحهم
قديما وحديثا من غير انكار احد منهم فكان اجماعا هذا اذا لم يتضرر بوضعها احد

فان تضرر

فان تضرر احد بوضع ميزاب في الدرب المسلوك وجب قلعه ومنها عمل السرداب
وقد صرح بجوازه في التذكرة قائلا لو كان بين داريه طريق نافذ فحفر تحته سردابا من احديهما
الى الاخرى واحكم الازج فالبعض الناس نعم لم يمنع وهو جيد ان لم يضر باحد من المارة و
ليس له ان يحفر على وجه الارض ثم يعمل الازج وصرح بذلك في الدروس ايضا قائلا يجوز
عمل السرداب في الطريق النافذ اذا احكم ازجه ولم يضر الطريق من وجه ويظهر من كلام بعض
انه يجوز ذلك مطلقا ولا يشترط كونه بين داريه ويظهر منهما لزوم الحفر من تحت الارض
وعدم جواز الحفر من وجه الارض وهو حسن ان تضرر المارة بالحفر على وجه الارض
والا فالاقرب الجواز مطلقا ولكن الاحوط ما ذكراه ولو فرض تضرر المارة باصل حفر السرداب
فلا يجوز ولا فرق في صورة جوازه بين ان يكون السرداب كبيرا او صغيرا وهل تملك
هذا السرداب فيجري عليه احكام الملك من صحة بيعه واجارته ووقفه ونحو ذلك او لا بل
ليس له الا اباحة التصرف لم اجد احدا نبه على ذلك والمسألة محل اشكال من الاصل وان
اسباب انتقال الملك محصورة وليس المفروض منها ومن العمومات الدالة من نحو قوله تعالى
اوفوا بالعقود واحل الله البيع وقوله المؤمنون عند شروطهم ومنع خروج هذا من اسباب
الانتقال فلا ينبغي ترك الاحتياط ولكن الاحتمال الاول لا يخلو عن قوة وعلى تقدير
فلا اشكال في مملوكية آلات البناء للاصل والعمومات وهل التراب الحاصل من حفر السرداب
يجوز له التصرف فيه باستعماله في تعمير داره وتطيين جداره او لا فيه اشكال ولكن الاحتمال
الاول اقرب وهل يختص ويصير ملكا من املاكه او حقا من حقوقه يجوز له الحفر او بيع
مع الحاجة فيمنع غيره من التصرف فيه او لا بل يجوز لكل احد التصرف فيه بنحو ما ذكر لم
اجد احدا نبه على هذه المسألة ولكن الاحتمال الثاني في غاية القوة للاصل السليم
عن المعارض وعليه فيشكل الحكم بصيرورته ملكا لاحد وهل يشترط ان يكون متصلا
بداره بحيث يصير من توابعها وملحقاتها او لا بل يجوز لكل احد حفر السرداب في

الطريق النافذ وان لم يضر بالمارة ففيه اشكال ولكن الاحتمال الثاني لا يخلو عن قوة وينبغي
البناء على الوجه الاول لا يجوز احداث دكة في الطرق النافذة اذا كانت مضرة بالمارة
مطلقا ولو كانت على باب داره وقد صرح بذلك في التذكرة قائلا لا يجوز لاحد بناء دكة
ولا غرس في الطريق المسلوك ان ضيق الطريق وضر بالمارة اجماعا لقوله عليه السلام لا ضرر ولا
ضرار وصار اليه ما ذكره في الدروس وهل يجوز احداثها فيها اذا لم يكن مضرة بالمارة
ولا مضيقة للطريق ولا يجوز ذلك صرح بالثاني في الدروس قائلا الاقرب عدم
جواز احداث دكة في النافذ على باب داره وغيرها لاهل الدرب وغيرهم اتسع الطريق
او ضاق وذهب اليه في التذكرة ايضا قائلا بعد ما حكينا عنه سابقا وان كان متسعا
لا يضر بالمارة وضعها فالاولى المنع ايضا لانه بناء دعائم الطريق النافذ ولها على ذلك
وجوه منها ما تمسك به في التذكرة والدروس من ان احداثها في النافذ يوجب اختصاصه
له فيما هو مشترك ومشرع بين الناس وقد بينا ضعف هذا اولا بالمنع من الملازمة وحصول
الاختصاص بنفس ذلك بل الغالب عدم الاشتباه وظهور عدم الاختصاص وثانيا
بالمنع من اقتضائه الاختصاص بعد مضي مدة متطاولة لما التزم ما لم يثبت الاختصاص ثم
وثالثا بالنقض بالاجنحة والرواشن والساباط والميزاب فتم ومنها ما تمسك به
في التذكرة من ان المكان المشغول بالبناء والشجر لا يتاتى فيه السلوك والاستطراق
وقد يزدحم المارة ويعسر عليهم السلوك فيه فيتضررون بهما وقد بينا ضعفه بان المفروض
عدم تضرر المارة بذلك فلا ينجبر ما ذكره ولو فرض تضرر بعضهم على وجه الندرة والاتفاق
فلا يكون ذلك مانعا كما تقدم اليه الاشارة ومنها ما تمسك به في التذكرة ايضا قائلا
بعد ما حكينا عنه سابقا ولانه ربما طالت المدة فاشبه مكان البناء والغراس الاملاك
فانقطع اثر استحقاق السلوك فيه بخلاف الاجنحة والرواشن وهو احد قولي الشافعية
والثاني انه يجوز ذلك كوضع الجناح والرواشن الذي لا يضر بالمارة وقد عرفت

الفرق

الوجه

الفرق وقد بينا ضعف فيما ذكره بالمنع من الفرق الذي اشار اليه وبان هذا الوجه مرجعه الى
الاول وقد عرفت الجواب عنه فتم ومنها ما تمسك به في الدروس من ان احياء الطريق
غير جائز وقد بينا ضعف فيما ذكره اولا بالمنع من الصغرى وثانيا بالمنع من كلية الكبرى
وبالجملة الوجوه كلها ضعيفة فاذن الاحتمال الاول هو الاقرب ويدل عليه اولا اصالة
الاباحة الثابتة بالادلة الاربعة ومنها سيرة المسلمين قديما وحديثا وانه لو كان
ذلك غير جائز لاشتهر بل وتواتر ومنها ان احداث ذلك متضمن لمنفعة عظيمة
لانه يستعان به في الركوب والجلوس والاتكاء والاستظلال وغير ذلك وكل ذلك
منفعة عظيمة خصوصا بالنسبة الى من يشتد احتياجه اليها كالمريض وضعيف الحال
ومع ذلك فلا ضرر فيه غالبا ولم يكن احد اشد موجبا للتصرف في ملك الغير ولا مفوتا
لحق من حقوقه فيكون جائزا لتضمنه الاحسان الى معظم المترددين وقد قال الله عز وجل
ما على المحسنين من سبيل ولتضمنه المعاونة على البر وقد قال الله تعالى تعاونوا
على البر والتقوى ومنها انه لو احدثه لم يكن جائزا لما جاز الاستيجار على فعله والتالي
باطل فالمقدم مثله اما الملازمة فلانه لا يجوز الاستيجار على المحرم واما بطلان
التالي فلعموم قوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله المؤمنون عند شروطهم الثاني
صرح في الدروس بعدم جواز الغرس في الطرق النافذة قائلا لا يجوز الغرس وان كان هناك متسع
لان الزقاق قد يضطرم ليلا ويزدحم فيه البهائم وقد تنفع تطاول الازمنة فيبطل اثر الاستطراق
وذلك يحتمل جوازه ما لم يتضرر به المارة من ذلك كالرواشن والساباط ويضعف بانه
الحرام بخلاف الدكة والشجر وصار في التذكرة الى المنع من ذلك ايضا محتجا عليه بالوجوه التي
احتج بها على المنع من احداث الدكة فيها وفيما ذكره والتحقيق انه كان الغرس يضيق الطريق
ويضر بالمارة فلا يجوز احداثه فيه وقد صرح في التذكرة بدعوى الاجماع عليه وان اتفق عدم
الامرين فالاقرب جوازه خصوصا اذا كان فيه منافع عظيمة للمارة لوجوه تقدم اليها الاشارة

الثالث صرح في التذكرة بان الطرق المسلوكة لا يجوز احداث بالوعة فيها بل كل بالوعة وضعت
في اصل وضع الدرب فانها تستمر ليس لاحد ازالتها وكل بالوعة استحدثت فان لكل احد من
المسلمين ازالتها وفيما ذكره نظر بل الاقرب جواز احداث البالوعة التي لا تضر بالمارة فيها
سواء كان المقصود منه انتفاع جميع الدرب التي فيها لاجتماع ماء المطر فيها ونحوه او انتفاع واحد (حد)
منها ولو كان لكنيفها ويدل على ذلك الاصل وعموم قوله تعالى وما على المحسنين من سبيل
وقوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله ص لا ضرر ولا ضرار وقوله ص المؤمنون عند شروطهم ونحو
ما دل على جواز احداث الرواشن فيها وعمل المسلمين قديما وحديثا الرابع الاقرب جواز
دفن الاموات في الطرق النافذة ما لم يكن مضرة بالمارة كما هو المتعارف في بعض البلاد الخامس
الاقرب جواز اتخاذ ترابها واستعماله في التعميرات اذا لم يكن ذلك مضرا بالمارة وكذلك
الاقرب جواز احداث بناء لاستحكام اصول الجدران وطرح المزروع من الاشجار والكثافات
وغير ذلك اذا لم يكن مضرة بالمارة للاصل وعمل المسلمين السادس صرح في التذكرة بانه
يجوز لكل احد الاستطراق في الطرق النافذة على اي حال شاء من سرعة وبطوء وركوب
وترجل ولا فرق في ذلك بين المسلم والكافر لانها موضوعة لذلك وصرح في الدروس
بانه لا يجوز منع الذمي من الطرق النافذة لانها وضعت وضعا عاما وما ذكراه حسن
السابع صرح في التذكرة بانه لو سد الطريق النافذ كان لكل احد انفاذه كما كان واذا ابنيه (؟)
واعادته كما كان وهو جيد ايضا الثامن صرح في التذكرة بانه لا يجوز وضع ساقية في درب
مسلوك سواء تضرر بها السائرون فيها اولا ولو حفرها كان لكل احد ازالتها ولو وضع عليها
ازجا محكما فالاقرب جواز ازالته لكل احد وفي س بان مثل الدولاب والساقية من الماء اذا
لم يكن لها رسم قديم ومنع الفاضل من عمل الساقية وان احكم الازج عليها في النافذة ما لم يجعلها
(فانه م) بغير ازج يمنع منها اجماعا ويجوز لكل احد ازالتها وفيما ذكراه نظر والاقرب الجواز اذا لم يضر
بالمارة التاسع صرح في التذكرة بانه لو جعل الطريق المقطوع مسلوكا بان جعل الاستطراق

في ملكه

في ملكه ومنع الحاجز فان سبله مؤبدا وسلك فيه احد لم يكن له بعد ذلك قطعه ولو لم يرد تسبيله
كان كالعارية يجوز له الرجوع فيه وما ذكره جيد ان كان التسبيل بالوقف ونحوه من العقود
او الايقاعات اللازمة شرعا واما مجرد التسبيل ففي افادته اللزوم اشكال ولكن الاحوط مراعاة
اللزوم وهل تثبت لهذا الطريق الاحكام الثابتة للطرق النافذة من جواز اخراج الاجنحة و
الرواشن والساباط وغيرها مما تقدم اليه الاشارة او لا فيه اشكال من اصالة بقاء الاحكام
الثابتة للملك ومن صدق انه طريق نافذ الآن حقيقة لعدم صحة السلب فيثبت له
الاحكام الثابتة للنافذة ولان الاحكام تدور مدار اسمائها وموضوعاتها فاذن الاحتمال الاول
هو الاقرب لكن في صورة التسبيل لا مطلقا والحكم المرجع فيما هو صدق اللفظين حقيقة
وكذا في غير هذا المقام العاشر صرح في التذكرة بانه لو غصب ملك غيره فجعله طريقا
كان للمالك ان يرجع الى عين ملكه وقطع السلوك فيه وهو جيد الحادي عشر صرح في
التذكرة بان الشوارع لا يجري عليها ملك احد ولا يختص بها شخص من الاشخاص بل
هي بين الناس شرع سواء بلا خلاف ولا فرق في ذلك بين الجواد التي في الصحارى والبلاد
وهو جيد الثاني عشر صرح في التذكرة بانه اذا جلس رجل في درب نافذ ثم قام عنه او
اقيم فانه يزول حقه من الجلوس ويكون لغيره الجلوس في مكانه وليس للاول ازعاجه وما ذكره
جيد ان كان القيام بقصد الاعراض في الاقامة لا على وجه الاكراه وحصل قصد الاعراض
وان لم يكن الامر كذلك ففيه وفي الحصر اشكال بل الاقرب العدم للاصل ويجوز اطالة الجلوس
والكون فيه وان خرج عن العادة ما لم يضر بالمارة الثالث عشر الاقرب جواز احداث المكان
في الطرق النافذة ما لم يضر بالمارة خصوصا اذا كان لمصالحهم الرابع عشر الاقرب جواز الصلوة
والتخلي فيها اذا لم يكونا مضرين بالمارة الخامس عشر هل يجوز للانسان ان يدخل تمام الطريق
النافذ او بعضه في ملكه لاتساعه ونحوه ويعوضه بملك آخر له ويجعله طريقا او لا فيه
اشكال فالاحوط الترك مطلقا ولكن احتمال الجواز حيث يكون التعويض انفع للمارة واحسن

لهم وكان تعقد للمصالحة في غاية القوة وكذلك في صورة المساواة اذا كان تعقد للمصالح
خصوصا اذا صار ذلك الطريق النافذ مهجورا والمستند في ذلك الاصل وعموم قوله تعالى
وما على المحسنين من سبيل وقوله تعالى تعاونوا على البر والتقوى وقوله تعالى اوفوا بالعقود
وقوله المؤمنون عند شروطهم وجميع ما ذكر سليم عن معارضة شيء من الادلة الاربعة
واذا كان ذلك مضرا بالمارة فلا يجوز قطعا السادس عشر اذا كان احداث الاجنحة
والرواشن والساباط ونحوها مما تقدم لا يضر بالمارة اصلا ولكن يضر بالجار ولو احد
لا من جهة المرور بل من حيثية اخرى فهل يجوز احداثها حينئذ اولا فيه اشكال من عموم
قوله لا ضرر ولا ضرار ومن الاصل وان المنع من الاحداث قد يكون ضررا على المريد لو ظهر
عبارات الاصحاب في اختصاص الحكم بالمانع من احداث المذكورات بكونها مضرة بالمارة
وفي الحكم بجواز احداثها اذا لم يكن مضرة بهم ويؤيد ما ذكر جواز ان يحدث الجار في ملكه
ما يريد وان كان مضرا بالجار وان تضرر الجار لو كان مانعا لما جاز احداثها غالبا فتامل
فاذن الاحتمال الاول هو الاقرب ولكن الثاني احوط السابع عشر اذا احدث من المذكورات
ما يضر بالمارة فقد بينا انه لا يجوز ذلك وهل يضمن المحدث النفس والمال اذا ترتب على
احداثها تلفهما اولا ربما يظهر الاول من الغنية والخلاف لانهما احتجا على المنع من اخراج
الجناح في صورة معارضة المسلم بانه لو سقط ما اشرع على انسان فقتله او على مال فتلفه
لزمه الضمان بلا خلاف ولو كان يملك ذلك لما لزمه والمسئلة عندي محل اشكال ولكن
ما يستفاد منهما من الاحتمال الاول احوط بل في غاية القوة واذا كان احداث المذكورات
على الوجه المشروع ثم ترتب عليه تلف الامرين فالاقرب ان المحدث لها لا يضمن الثامن عشر
صرح في التذكرة بانه يصير الموضع شارعا بامور ان يجعل الانسان ملكه شارعا وسبيلا و
يسلك فيه بخصوص او يحيي جماعة ارض قرية او بلدة ويتركوا مسلكا نافذا بين الدور و
المساكن ويفتحوا اليه الابواب او يصير موضعا من الموات جادة يسلكها الناس فيها فلا يجوز

تغييره

تغييره وكل موات يجوز استطراقه لكن لا يمنع احد من احيائه بحصول المرور عليه فليس له حكم
الشوارع وهو جيد التاسع عشر صرح في التذكرة بانه حد الطريق المتخذ في الارض المباحة
اذا تشاح اهله في قدره وسعته وضيقه سبعة اذرع لان ذلك قدر ما تدعو
الحاجة اليه ولا تزيد عليه لما رواه مسمع بن عبد الملك عن الصادق عليه السلام قال الطريق
اذا تشاح عليه اهله فحده سبعة اذرع ومثله روى السكوني عن الصادق عليه السلام والخبران
موثقان ثم فصل في هذا المقام قائلا اذا تقرر هذا فهذا الحد حد من تشاح اهل ذلك
الدرب المتقابلة دورهم فيه ولا عبرة بغيرهم ولو اتفقوا على وضع اضيق منه في الابتداء
جاز ولم يكن لاحد الاعتراض وطلب التوسعة فيه واذا وضعوه على حد السبع لم يكن
لهم بعد ذلك تضييقه ولو وضعوه اوسع من السبع فالاقرب ان لهم ولغيرهم
الاختصاص ببعضه بحيث يبلغ هذا الحد فلا يجوز بعد ذلك النقص عنه وصرح في
جامع المقاصد بعد الاشارة الى جميع ما ذكره بانه يعم الطرق النافذة والمرفوعة والاقرب
عندي صحة ما ذكره من التحديد بسبعة اذرع في الارض المباحة عند تشاح اهل الدرب
مط ولو كان مرفوعا نعم يجوز ان لا اضيق ابتداء اذا اتفقوا عليه مطلقا تنبيه
الطرق المرفوعة لا يجوز اخراج الاجنحة والرواشن فيها من غير اذن اربابها ورضاهم به
كما صرح به في الغنية وفع وذ وعد وكره والجامع وش وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة
والكفاية ولهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يظهر من الكتب المتقدمة حيث
صرحت بالحكم من غير اشارة الى خلاف ولا اشكال في ذلك بل في التذكرة على نقل
الخلاف عن بعض الشافعية قائلا الطرق التي لا تنفذ كالسكة المسدودة المنتهية الى ملك
الغير ولا ينفذ الى المباح ملك ارباب الابواب فيها وهذه الطرق لا يجوز لاحد
اشراع جناح فيها ولا روشن ولا ساباط الا باذن ارباب الدرب ومن غيرهم وسواء
اضر بالمارة اولا وهو احد قولي الشافعي والثاني لا يجوز لغير اهل السكة واما اهل السكة

يجوز لكل واحد منهم اشراع الجناح والروشن وغيرها اذا لم يضر بالمارة لان لكل واحد منهم
الارتفاق بقرارها فليكن الارتفاق بهوائها ايضا كالشوارع وهو ممنوع لان السكة مخصوصة
بهم فلا يتصرف بها احد دون رضاهم كما انه لا يجوز اشراع الجناح والروشن اليها لغير
بغير رضاه سواء تضرروا ام لا اذ لا اعتبار بالتضرر مع اذن المتضرر وبيانهما ان الطرق
المرفوعة ملك لاربابها فلا يجوز التصرف فيها من دون اذنهم اما المقدمة الاولى فقد صرح
بها في الغنية والش... وجامع المقاصد ولك بل صرح في الاول بعدم العلم بالخلاف
فيها قائلا السكة اذا كانت غير نافذة فهي ملك لارباب الدور التي فيها طريقهم فلا
يجوز لبعضهم فتح باب آخر ولا اشراع جناح الا برضا الباقين ضر ذلك ام لم يضر ولا اعلم
في ذلك خلافا وبه ينبه قول بعض الاجلة المفهوم من كلام الاصحاب من غير خلاف يعرف
هو ان الطرق المرفوعة ملك لاربابها واما المقدمة الثانية فلما نبه عليه في لك قائلا
الطريق المرفوع ملك لاربابه كسائر املاكهم فيكون كالمال المشترك لا يجوز لاحد من
اربابه التصرف فيه الا باذن الباقين سواء كان التصرف فيه باحداث الباب والساباط
والروشن ام غيرها وسواء اضر بهم ام لا وكذا لا يجوز لغير اربابه بطريق اولى وقد اشار
الى ما ذكره في جامع المقاصد مستدلا به على المدعى وقائلا لا يجوز اخراج شيء من الجناح
والروشن في الطرق المرفوعة المسدودة لانها مملوكة لارباب الابواب فيها وهم محصورون
فلا يجوز لاحدهم التصرف فيها بدون اذن الباقين وقد يناقش في المقدمة الاولى بالمنع
منها انا لا نقول ان الاصل عدم التملك كما نبه عليه في مجمع الفائدة قائلا القول بان المرفوعة
ملك لاربابها ولا يجوز لاحد التصرف فيها الا باذنهم ومعه يجوز وان اضر بالمارة هو المذكور
في التذكرة وغيرها ولكن لي في كون هذه الزقاق ملكا تامل الا ان يعلم ذلك بوجه شرعي
ولو بدعوى الملكية الغير المعلومة الفساد بشرط ان لا يكون مستندها مجرد الاستطراق
فان الذي علم من التصرف بالاستطراق استحقاقه ذلك لا غير ولما كان اكثر الطرق

والاستطراق يحصل في غير الملك ما يعلم منه الملكية التي هي مشتبهة بالاصل اذ لا فرق بين السلوك
والمرفوع في الحصول الا ان المتردد في الاول اكثر وقد ذكر في كره ان سبب الشارع امور
مثل ان يسبل احد ملكا او يحيي قرية في مباح ويخلوا بينها شارعا او بنى واحد حائطا
وآخر في محاذاته وخلوا بينهم دربا وسمى فيهما الليس بمملك لصاحب الحائط وان سد اخرى
ومجرد السد معلوم انه ليس بمملك اتفاقا فلا فرق بين المرفوع والمسلوك ونبههم من مرجع
في مسئلة يجوز للداخل حصول الملك في المباحات كما ذكرنا والبحث والسد فتامل
وحاصل كلام المقدس الاردبيلي ان الاصل يدل على عدم الملكية ولم يثبت كون مجرد الاستطراق
والاسباب الموجبة لاحداث الطرق ملكا شرعيا اذ لا ملازمة بينهما وبين الملكية بوجه من
الوجوه لانقلاب الاصل وانما قاد عدم الملكية الا ان ظاهر اليد مع التصرف يفيدها وهو
اقوى كما نبه عليه بعض الاجلة قائلا لا يبعد الاشارة الى ما حكيناه عن المحقق الاردبيلي وفيه نظر
اذ لا يخفى بعد ان الظاهر انه لا خلاف في ان التصرف امارة الملك فلو تصرف احد في شيء ومات
وهو في تصرفه حكم بما تبعه وارثه ولو ادعى مدع في ان تصرفه عادي طولب بالبينة ولا يخفى
ان التصرف غير مضبوط بحد معلوم وانما هو في كل شيء بحسبه يعني بالنظر الى المنافع المترتبة
عليه فقد ثبت له الملك والمنافع المترتبة على الطريق التي بها يثبت التصرف ليس الا الاستطراق
لانها موضوعة له وانما يمكن وجود منافع آخر اتفاقا الا ان هذا هو المقصود بها والغالب عليها
واما ما ذكره من ان الاستطراق يحصل في غير الملك فلا يدل على الملكية كما في الاستطراق في
الشوارع ففيه ان ما ذكرنا من ان التصرف امارة الملك وان التصرف في كل شيء انما هو بحسبه
حاله مما يثبت به المدعى اذ لا مخالف في هاتين المقدمتين فيما اعلم وعدم ثبوت ذلك في الشوارع
انما هو من حيث عدم حصر المالك فيها والملك لا بد ان يكون له مالك معين والتصرف
الموجب للملك الذي يكون في كل شيء بحسبه لا بد ان يكون مستمرا كما في التصرفات في سائر
الاملاك ومع فلو تصرف في الجادة يوما ولم يعد اليها فيما فيه لا يعد مالكا وان كان

وان كان قد تصرف فيه وهكذا في سائر السالكين وان تفاوتوا بخلاف ملاك السكة المزبورة
فانهم مستمرون على الاستطراق فيها الى بيوتهم كاخ جملة التصرفات في الاملاك مع كونهم معينين
محصورين وبذلك يظهر الفرق بين الطريقين وعدم قياس احدهما على الاخرى في البين لانا
نقول لا نسلم ان ظاهر اليد يفيد الملكية مط ولو في صورة حصول الشك في نفس الحكم الشرعي
وهو كون الشيء المعلوم سببا مفيدا لانتقال الملك بل القدر المتيقن هو الحكم بالملكية باعتبار
ظاهر اليد حيث يحصل الشك في الموضوع بمعنى انا اذا لم نعلم ان ما في يد المسلم الذي يدعي
ملكيته انتقل اليه بالاسباب الشرعية المفيدة لنقل الملك شرعا كالارث والبيع ونحوها او لا
بل انتقل اليه بغير ناقل شرعي كالغصب والسرقة والمعاملة ونحوها نحكم بكونه ملكا له واما
اذا علم انه انتقل اليه بمعاملة لم يثبت صحتها شرعا كالمعاطاة او بامر آخر غيرها لم يثبت شرعا
كونه مفيدا للملك كالاستطراق ومجرد جعل الارض مسلكا فلا يجوز الحكم بكونه ما في يد المفروض
ملكا له بمجرد اليد المتصرفة لاقتضاء الاصل عدم الملكية وفقد المعارض له من الادلة الاربعة
اما الكتاب والسنة فلعدم وجود شيء منهما يدل بخصوصه او اطلاقه او عمومه وبصريحه
او ظاهره ونحواه على ان الاصل في هذا المقام الملكية واما الاجماع فلانا لم نجد احدا من محققي
الاصحاب اشار الى الاصل المزبور ولو باشارة ضعيفة بل الظاهر من سيرتهم وطريقتهم عدم اعتبار
الاصل المذكور كما لا يخفى واما العقل فلانا لم نجد من شيء من اقسامه ما يقتضي اعتبار الاصل
بل هو يحكم بان اليد اعم من الملك وعدمه وبان وجود العام لا يدل على وجود خاص معين
منها فراده كما لا يخفى وبالجملة الاصل في الملكية حاله حال اصالة الصحة في العبادات والمعاملات
واصالة الحاق الولد بالفراش واصالة حمل اللفظ على حقيقته ومن الظاهر انه لا يجوز التمسك
بها الا اذا حصل الشك في الموضوع بمعنى انا اذا اصدر من مسلم معاملة وعبادة تنقسم كل
منهما الى صحيحة وفاسدة شرعا يجب الحكم بكون هذا الواقع منه صحيحا باعتبار ان الاصل في
العبادات والمعاملات الواقعة واذا وجد ولد على فراش معتبر شرعا لاحد يجب الحكم الحاق

الولد به

الولد به واذا كان للفظ معنى حقيقي معين ومعنى مجازي معين ولم يعلم ان المستعمل اذا اراد
يجب الحكم بانه اراد المعنى الحقيقي ويلزم اطلاقه عليه واما اذا رجع الشك الى نفس الحكم الشرعي
فلا يتمسك بالاصول المزبورة فاذا وقع عبادة او معاملة معينة كالصلوة من غير سورة
والبيع من غير صيغة وشك في صحتهما ولم يكن هناك ظاهر معتبر يقتضيها فلا يحكم
هناك بان الاصل صحة الامرين بل الاصل يقتضي فسادهما واذا كان سبب الفراش عقد
نكاح لم يثبت صحته شرعا فلا يحكم بالحاق الولد بمن وجد في فراشه واذا استعمل لفظ
في معنى معين ولم يعلم انه معنى حقيقي او معنى مجازي فلا يحكم بانه معنى حقيقي باعتبار
اصالة حمل اللفظ وجميع ما ذكرناه واضح لا شبهة فيه وعليه استقر رأي المحققين و
في كلام المقدس الاردبيلي الذي نقلناه اشارة الى التفصيل الذي ذكرناه ولكن المورد غفل
عنه واشتبه عليه الفرق وبالجملة التمسك باصالة افادة ظاهر اليد الملكية هنا سهو واضح
ولا يقال يدفع الاصل المذكور ظهور اتفاق الاصحاب على كون الطرق النافذة ملكا لاربابها
لانا نقول ذلك ممنوع لانا لم نجد مصرحا بالملكية الا من جماعة قليلة تقدم اليهم الاشارة
وثبوت الاجماع الذي يجب الاعتماد عليه بمجرد اتفاقهم مع عدم اشارتهم الى الخلاف في
غاية الاشكال خصوصا مع وجود المخالف الصريح وان كان من المتأخرين وهو المقدس الاردبيلي
وربما يشهد بعدم تحقق الاجماع على ذلك امور منها عبارة الشرائع فان فيها اما الطرق
المرفوعة فلا يجوز احداث باب فيها ولا جناح ولا غيره الا باذن اربابها سواء كان مضرا او لم يكن
مضرا لانه مختص بهم فان العدول عن التصريح بالملكية الى دعوى الاختصاص بهم يومي الى عدم ثبوتها
عنده والا لكان التصريح بها اتم في الاحتجاج وفيه نظر ومنها ما نبه عليه في مجمع الفائدة قائلا و
يؤيده عدم الملكية ما قال في التذكرة انه يحدد بسبع اذرع او خمس على الخلاف ولو كان ملكا لجاز
لهم ما يتفقون بعد البناء وقال هذا لمن تشاح عليها اهل البلد والمقابلة ولا عبرة بغيرهم
ولو اتفقوا على وضع الاضيق في الابتداء جاز وليس لاحد الاعتراض عليهم وطلب التوسعة

فيه وانه اذا وصفوه على هذا السبع لم يكن لهم بعد ذلك تضييقه ولو وصفوه على اوسع فالاقرب
ان لهم ولغيرهم الاختصاص ببعضه والظاهر ان هذا اعم من ان يكون الطريق مرفوعا او لا
نعم لا بد ان يكون في المباح لا في الاملاك وبما ذكره تطرق فتم ومنها ما ذكره في مجمع الفائدة
ايضا قال الاولى ايضا يدل على عدم الملكية ما قاله في التذكرة وهل تثبت لجميعهم في جميع السكة
فيكون الاستحقاق في جميعها لجميعهم ام شركة كل واحد تختص بما بين راس السكة وباب
داره لان محل تردده هو ذلك المكان خاصة ومروره فيه دون ما في السكة فحكمه ما عدا
ذلك حكم غير اهل السكة وهو الاظهر وحكي الشافعية ولعله الاظهر لانه ماخوذ من التصرف
والتردد وليس الى بابه والاصل عدم شركته مع الباقي والثاني لهم هو ان الاستحقاق
في جميعها لجميعهم لانهم ربما احتاجوا الى التردد والارتفاق بجميع العرصة لطرح الاثقال
ووضع الاحمال عند الاخراج والادخال ونظر الفائدة على اصح قولي الشافعي في منع اشراع
الجناح آه وهذا صريح في انه ليس هنا ملكية بل الاستحقاق الماخوذ من التردد والحاجة اليه
قلت المسئلة المذكورة محل خلاف بين الاصحاب وحكي في الكفاية وغيرها الاحتمال الاول الذي
صرح في كره بانه اظهر وحكي الشافعية عن الاكثر والاحتمال الثاني عن بعض ومنها
ما نبه عليه في مجمع الفائدة ايضا قال الاولى يدل على عدم الملكية ايضا ما قاله في التذكرة هذا كله
اعني سد الباب وفتحه في العرصة انما هو اذا لم يكن في السكة مسجد فان كان هناك مسجد
قديم او حديث فالمسلمون كلهم يستحقون المطروق اليه ولا يمنعون منه وكذا لو جعل بعضهم
داره رباطا او مسجدا او مدرسة لم يكن لاحد منعه ولا منع من له المرور فيه وفتح ليس لاحد ان
يشرع جناحا ولا ساباطا ولا روشنا عند التضرر به وان رضي اهل السكة لحق سائر الناس
وهذا اصح ولا يقال الاصل المذكور يندفع بما ادعاه في الغنية من الاجماع على الملكية لانا نقول
لست عبارة الغنية في دعوى الاجماع لان عدم العلم بالخلاف غير العلم بالاجماع فتامل
واما ثانيا فلما ذكره في مجمع الفائدة قال لا يبعد جميع ما حكيناه عنه سابقا وايضا يدل

على عدم

على عدم الملكية ان كل احد يدخل هذه المرفوعة من غير اذن اهلها ويجلسون فيها ويقفون
ويدخلون بالدار ولو كان لنقل للعادة بل لو كان ملكا لم يجز لاهلها ايضا ذلك كلها
الا برضاء الجميع لما عرفت من المبالغة في عدم جواز التصرف في المشترك ولو باخذ تراب
قليل يترب على الكتابة ومعلوم ان الداخل فيها والخارج عنها لا ينفك من ذلك ولو كان
موقوفا على الاذن يلزم الضرر اذ قد لا يكون الجار او من له معهم شغل عملا ولم يكن حاضرا
او يكون موقوفا الى الذهاب لمن في المرفوعة فيذهب ويبعد الاكتفاء بالاذن بسبب
العلامات مع ما تقدم على انه قد يصرح واحد منهم بالمنع فيحصل الضرر والتعطيل قال
في التذكرة يجوز لكل احد الاستطراق في الطرق النافذة على اي حال شاء من سير عدو وبطو
وركوب وترجل ولا فرق في ذلك بين المسلم والكافر لانها موضوعة لذلك واما الطرق
المطروقة فكذلك مع اذن اربابها ولو منع واحد او منعوا باسرهم فالاقرب عدم المنع
لكل احد دخول هذا الزقاق كدخول الدرب النافذ وهذا صريح فيما قلناه ولكن قال
فيه اشكال الاقرب ان جواز دخولها من قبيل الاباحة المستندة الى شواهد الاحوال فاذا عاد ضره
نص المنع عليه واما الجلوس وادخال الدواب اليها فالاقرب المنع الا مع اذن الجميع هذا
اوفق بما قاله هو وغيره من الملكية ولكنها غير ظاهرة لما تقدم والاعتماد على الاباحة واذن
الفحوى للدخول مشكل مع ما تقدم من عدم جواز التصرف في المشترك على الوجه الذي تقدم
فقول الاول وهو عدم المنع اظهر وهو ما يدل على عدم الملكية فتم وبالجملة الظاهر عدمها
في النافذة والمرفوعة بلا فرق ومعلوم عدم الملكية في الاول اذ يبعد ملكية كل احد حتى
الكفار في ارض الهند والمسلم في ارض الروم وهو ظاهر والظاهر انه لا يقول به وكذا الكلام في عدم
اذ السكة ليس تملك وهو ظاهر وكلما ثبت بالاجماع او النص من عدم التصرفات في هذه
الزقاقات مثل ما يكون مضرا فهو ممنوع منه واما غيره فلا حتى يثبت من غير فرق بين
المرفوعة والمسلوكة فتم والاحتياط ان امكن طريقه السلامة قولا وفعلا وحاصل ما ذكره

ان الطرق المرفوعة لو كانت ملكا لاربابها لكانت املاكا مشتركة ولو كانت املاكا مشتركة
لترتب عليها ما يترتب على الاملاك المشتركة من عدم جواز تصرف الشريك المالك وغيره من
سائر الشركاء والاجانب الا باذن الجميع والتالي بط لان المعهود من سيرة المسلمين قديما
وحديثا التصرف بالدخول والمشي والجلوس ونحوه للشرع عدم مراعات الاذن مطلقا
ولو كان الشريك يتيما او مجنونا ودعوى حصول الاذن بشاهد الحال بالنسبة الى كل
من المتصرفين في جميع الاحوال ممنوعة خصوصا اذا كان بعض الشركاء عدوا دينا او دنيا
او يتيما او مجنونا فاذا جاز التصرف فيها من غير اذن مطلقا بل ومع المنع ثبت انها
ليست باملاك مشتركة ويلزم منه ان لا تكون املاكا لان انتفاء اللوازم ولو كانت شرعية
يدل على انتفاء الملزومات الا ان يقوم دليل على نفي اللزوم في بعض الاحوال وهو هنا
منتف قطعا ويؤيد ما ذكرنا انها لو كانت املاكا لاربابها لجاز لهم قسمتها وبيعها واجارتها
ووقفها ونحو ذلك منفردة كما يجوز ذلك بالنسبة الى نفس الدار والتالي بط لان جميع ذلك
خلاف المعهود من سيرة المسلمين قديما وحديثا قطعا ويؤيد ذلك انها لو كانت املاكا
لكانت مملوكيتها وعدمها دائرين مدار النفوذ وعدمه وهو بعيد ولكن المسئلة في غاية
الاشكال فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط ولكن احتمال عدم المملكية لا يخ عن قوة وينبغي
التنبيه على امور الاول لا فرق في عدم جواز اخراج الاجنحة والرواشن في الطرق المرفوعة
بين صورتي كون الاخراج مضرا بالمارة او عدمه كما صرح به في الغنية ويع وكره ولك و
الكفاية وهو ظاهر اطلاق القواعد والجامع وس وجامع المقاصد الثاني صرح في
التذكرة وعد والارشاد والدروس بانه لا يجوز نصب الميازيب في المرفوعة الا باذن
اربابها وهو ظاهر الشرايع ولك وغيرهما وهو واضح على القول بكونها ملكا لاربابها واما
على القول بالعدم فالحكم بذلك حيث لم يترتب عليه ضرر محل اشكال وكيف كان فالاحوط
الترك مط وصرح في التذكرة بانه ليس للمتقدم بابه في راس الدرب السعد منع المتاخر بابه

عن صدر الدريبة

اذا

عن صدر الدريبة من وضع ميزاب قالا اذا لم تقل شركته ولم يحصل ضرر اليه الثالث صرح
في التذكرة بانه لا يجوز عمل السرداب في الطرق المسدودة وان احكم الابنية وحفر تحت الارض سواء
حصل لهم ضرر بذلك ولا مخفيا عليه بان اربابه محصورون وما ذكره ظاهر الشرايع ولك
والكفاية بل الظ انه متفق عليه بين القائلين بكونه ملكا لاربابه وهو احوط الرابع صرح في
التذكرة بانه يعدم جواز حفر بالوعة فيه الا باذن اربابه وان كانت انفع لهم وما ذكره ظاهر
على القول بانه مملوك لاربابه بل الظ انه مما لا خلاف فيه بين القائلين به الخامس صرح في كره
وعد ولك بانه لا يجوز احداث ساباط فيه وهو ظاهر يع والكفاية بل الظ انه مما لا خلاف
فيه بين القائلين بكونه ملكا لاربابه بل يترتب على هذا القول انه لا يجوز لاحد من اهل
هذا الزقاق ولا لغيرهم من الاجانب التصرف فيه من غير اذن جميع اربابها باي نحو من انحاء
التصرف فيكون حكمه حكم سائر الاملاك التي لا يجوز التصرف فيها مطلقا من غير اذن
اربابها فلا يختص عدم جواز التصرف هنا بما تقدم اليه الاشارة بل يعم جميع افراده ومنها
احداث الشافير فيها ومنها الجلوس فيها والتردد فيه ومنها الذهاب والاياب وفي اخذ التراب
للتيمم على الكتاب وادخال الحيوانات والدواب وغير ذلك مما يطول بذكره الكتاب وقد
نبه على ما ذكر في التذكرة والدروس ولك والكفاية ويتفرع على ما ذكر امور احدها انه
لا يجوز لاحد من ارباب هذا الزقاق ولا لاحد من الخارجين عنه الدخول ولا المشي فيه
لحاجة او لغيرها ولا سائر التصرفات اذا شك في اذن واحد منهم بذلك سواء كان لعداوة
دينية او دنيوية او لحسد او لخوف او لطمع او لغير ذلك وثانيها دوران التصرفات مدار
اذن الجميع لا البعض ولو كان الاكثر فكل تصرف ذا اذن به الجميع جاز واذا شك في اذن واحد
منهم لم يجز وثالثها انه يجوز لكل واحد من اهل هذا الزقاق منع الباقين وغيرهم من التصرف
في هذا الزقاق ولو باعتبار الدخول فيه لدخول داره ورابعها انه اذا كان احد الشركاء في
هذا الزقاق يتيما من غير ولي او مجنونا كذلك او مغمى عليه او سفيها محجورا عليه لم يجز للباقين

ولا المنع منهم من الاجانب التصرف فيه ولو بالتخلل لدخول داره وقد يقال الالتزام بجميع ما ذكر
مدفوع اما اولا فبالاصل السالم عن معارضة الدليل الدال على كون هذا الزقاق ملكا مشتركا
بين اربابه كسائر الاملاك المشتركة واما ثانيا فباستلزامه الضرر العظيم على ارباب
هذا الطريق وهو مدفوع بعموم قوله لا ضرر ولا ضرار لا يقال هو معارض بعموم قوله الناس
مسلطون على اموالهم لانا نقول لا نسلم المعارضة سلمناها ولكن التعارض هنا من قبيل
تعارض العمومين من وجه والظاهر هنا ترجيح عموم نفي الضرر لانه الاغلب والاوفق بالاعتبار
الاعتبار ولا يقال عموم نفي الضرر هنا معارض بمثله لان دفع سلطنة المالك عن ملكه
ضرر عليه ايضا لانا نقول لا نسلم ذلك سلمناه ولكن اخراج هذا الضرر عن العموم اولى
من اخراج جميع افراد الضرر المترتب على بناء ارباب هذا الزقاق مراعاة لقلة ارتكاب
التخصيص في العموم واما ثالثا فباستلزام ذلك الحرج العظيم والمشقة الشديدة بالنسبة
الى المترددين في هذا الزقاق من اربابها وسائر الاجانب لان في كل من الامتناع من التردد
فيه وتحصيل كل واحد من المترددين اذن جميع اهله في جميع الاحوال والازمان حرج عظيم
ومشقة شديدة بل يكاد ان يكون التكليف بكليهما من قبيل التكليف بما لا يطاق عادة
ودعوى دلالة القرائن الحالية وشواهد الاحوال على رضا جميع ارباب هذا الطريق
بالتصرف في غاية الضعف للمنع من حصولها بالنسبة الى كل احد في كل وقت وكل تصرف جرت
به العادة خصوصا اذا كان ارباب الزقاق او بعضهم من الايتام والمجانين ومن لا يعتبر اذنهم
او كان بينهم مخاصمة دينية او دنيوية فلا يجب الالتزام بما ذكر للادلة القطعية الدالة على
نفي الحرج ونفي التكليف بما لا يطاق ولو عادة في الشريعة وهي اولى مما دل على سلطنة المالك
على ملكه من وجوه عديدة واما رابعا فبان المعهود من سيرة المسلمين قديما وحديثا
من العلماء والعوام عدم اناطة تصرفاتهم في هذا الزقاق باذن جميع اربابها ولو باعتبار
شاهد الحال بل هم لم يزالون يتصرفون فيه بالاستطراق والمشي والجلوس القليل والطويل

واخذ التراب للتيمم على الكتاب وادخال الهدايا والاحمال والاثقال والدواب وغير ذلك
من غير مراعاة لاذن جميع اربابها ولا التفات اليه بل ومع منع بعضهم او اكثرهم ولم نجد
احدا من العلماء انكر ذلك عليهم ومنع باعتبار النهي عن المنكر فتحصل من هذه السيرة
المستمرة من زمن النبي صلى الله عليه وآله وكل واحد من الائمة عليهم السلام الى يومنا هذا الاجماع
على جواز نحو التصرفات المذكورة من غير مراعاة لاذن ارباب الزقاق ولو باعتبار شاهد
الحال بل ومع منع بعضهم او اكثرهم والاجماع كما يحصل من الاقوال كذلك يحصل من السيرة
والافعال بل ربما كانت الافعال في نحو هذا المقام اقوى دلالة واما خامسا فبان النصوص
والاخبار خالية عن الاشارة الى لزوم اعتبار اذن جميع ارباب هذا الزقاق في جميع التصرفات
مع توفر الدواعي عليه ومسيس الحاجة اليه فاذن احتمال جواز التصرفات التي جرت بها
العادة من التصرفات المذكورة ونحوها من غير مراعاة اذن ارباب الزقاق ولو باعتبار
الفحوى وشاهد الحال بل ومع منع اكثرهم وكون بعضهم ايتاما او مجانين او من المولى عليهم
والمحجور عليهم في غاية القوة وان قلنا بان هذا الزقاق ملك لاربابه ولكن مراعاة الاحتياط
مهما امكن احوط واولى هذا وقد صرح بعض القائلين بالقول المذكور وهو الشهيد في س
بجواز دخول الاجنبي السكة المرفوعة بغير اذن اهلها عملا بشاهد الحال وبجواز الجلوس فيها
اذا لم يكن مضرا بهم وبانه لو نهاه احدهم حرم ذلك وصرح في التذكرة قائلا لا يجوز لكل احد
الاستطراق في الطرق النافذة على اي حال شاء من سرعة وبطوء وركوب وترجل ولا
فرق في ذلك بين المسلم والكافر لانها موضوعة لذلك واما الطرق المقطوعة فلكل
مع اذن اربابها ولو منع واحد ومنعوا باسرهم فالاقرب عدم المنع لان لكل احد دخول
هذا الزقاق كدخول الدرب النافذ وفيه اشكال والاقرب ان جواز دخولها من قبيل الاباحة
المستندة الى قرائن الاحوال اذا عارضه نص المنع عمل به واما الجلوس فيها وادخال
الدواب اليها فالاقرب المنع الا مع اذن الجميع فيه وفصل في ذلك تفصيلا آخر قائلا ومما يدخل

في المنع من التصرف في المرفوعة بغير اذن اربابها المريد بيعها والوجه فيه ما تقدم من الملك والاقوى الاكتفاء
فيه بشاهد الحال فلو منع احدهم واما الجلوس فيها وادخال الدواب اليها ونحو ذلك فلا الا
مع اذن الجميع لاصالة حرمة التصرف بغير اذنه وانتفاء شاهد الحال فيه غالبا نعم لو كان الجلوس
خفيفا غير مضر بهم ولد شاهد الحال وقد ناقش فيما ذكرناه اولا بان الاعتماد على شاهد الحال
انما يتجه لو كان جميع ارباب هذا الزقاق ممن يعتبر اذنهم الصريح شرعا فلو كان بعضهم او كلهم ايتام
بلا اولياء او مجانين ومغمى عليهم او محجورا عليه فلا لعدم اعتبار اذنهم الصريح ح فعدم اعتبار
اذنهم الحاصل من شاهد الحال اولى لا يقال يكون المعتبر ح اذن وليهم لانا نقول لا نم انه يجوز
للولي الاذن بذلك مجانا ومن غير غبطة لهم ولكن قد لا يكون لهم اولياء مع ان المغمى عليه لا ولي له
وثانيا بان الاذن الحاصل من شاهد الحال لا يفيد القطع بل غايته الظن وهو ظن في موضوعات
الاحكام ومن الظاهر ان الاصل فيه عدم الحجية للعمومات المانعة من العمل به من الكتاب والسنة
ويعضدها الدليل العقلي وظهور الاتفاق والاصل المذكور لا معارض له من شيء من الادلة
واما عمل المسلمين فغايته ما يستفاد منه جواز المرور والجلوس واما انه باعتبار حجية الظن
المستفاد من شاهد الحال فلا لاحتمال ان يكون الوجه عندهم بناء هذا الطريق على الاباحة الاصلية
وعدم دخولها في ملك احد بل هذا هو الظاهر من حالهم ومن وضع اصل الطريق ويدل
عليه الاصل ايضا وثالثا بان شاهد الحال غير متحقق في جميع الموارد وفي جميع الاحوال فيكون
الدليل اخص من المدعى السادس صرح في الدروس بانه لو كان في الدرب المرفوع مسجد او مدرسة
او سقاية استطرق اليها ذو اهلها عدم تضرر المسلمين اليه لتعلق حقهم به السابع ان قلنا
بملوكية الطريق المرفوع لاربابها جاز لهم سد باب السكة والانتفاع بها كغيرها من املاكهم
مع اتفاقهم على ذلك وقد صرح بذلك في كره ولك ولكن حكي الاول عن بعض الشافعية
خلاف ذلك قائلا قد بينا ان الدرب المقطوع لارباب المحصورين دون الشوارع المسلوكة
فلهم التصرف فيه كيف شاءوا والان للانسان التطرف في ملكه كما نذكر انواع التصرفات ولهم

سد

سد باب السكة ومنع بعض الشافعية من ذلك لان اهل الشارع يفزعون اليها اذا عرض لهم
من زحمة ونحوها ولا عبرة بما حكاه لضعفه جدا ثم صرح فيها بانه لو امتنع بعضهم من سدها
لم يكن للباقين سدها اجماعا وقد صرح بما ذكر من الحكم في لك ايضا وهو جيد ثم صرح فيها
بانهم لو اتفقوا على السد لم ينفرد بعضهم بالفتح وهو جيد ثم صرح فيها بانه لو اتفقوا على
قسمة صحن السكة بينهم جاز وهو جيد ايضا ثم صرح فيها بانه لو اراد اهل راس السكة
قسمة راس السكة بينهم منع الحق من يليهم اما لو اراد اهل الاسفل قسمة الاسفل فان قلنا باختصاصهم كان لهم ذلك وان
قلنا باشتراك الجميع في الاسفل لم يكن لهم ذلك وان قلنا الا باذن الباقين وهو جيد ايضا
ثم صرح فيها كما في لك بان سد الباب انما هو اذا لم يكن في السكة مسجد فان كان فيها
مسجد قديم او حديث فالمسلمون كلهم يستحقون الطروق اليه ولا يمنعون منه وكذا
لو جعل بعضهم داره رباطا او مسجدا او مدرسة او مستراحا لم يكن لاحد منعه ولا
يمنع من له المرفق ويج لا يجوز لاحد ان يشرع جناحا ولا ساباطا ولا روشنا عند التفرد به
فان رضي اهل السكة لحق سائر الناس فالحق فيها لسد الباب فمنه الفحص في التفصيل
المذكور وجميع ما ذكره من هذا التفصيل جيد حتى القول بان الطريق المرفوع ليس ملكا
لاربابه الثامن صرح في التذكرة ولك وجامع الفائدة والكفاية بان المراد من ارباب السكة
المرفوعة من له باب نافذ اليها دون من يلاصق داره ويكون حائطا اليها من غير نفوذ
وهو جيد التاسع صرح في التذكرة ولك ومجمع الفائدة بان المراد بالمرفوعة المسدودة
التي لا تنتهي الطريق آخرها لا مباح بل الى ملك الغير وصرح في الدروس وجامع المقاصد
بان الطرق المرفوعة المسدودة وما ذكروه جيد العاشر اذا اذن سائر ارباب الطريق
المرفوعة باخراج الجناح جاز اخراجه كما نبه عليه في الغنية ويع ود وكره وس وجامع المقاصد
والكفاية وكذلك الرواشن كما نبه عليه في كره وس وجامع المقاصد ولك وكذلك نصب
المبازيب كما نبه عليه في الارشاد وكذا الساباط كما نبه عليه في كره ولك بل الظاهر انه لا خلاف

فجواز جميع التصرفات التي لا تجوز من غير اذنهم فاذا اذنوا بها وربما يدل عليه مضافا الى الظهور
الاتفاق عليه كما نبه عليه في الغنية قولهم في المرسل لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفسه
ويحصل الاذن بصريح اللفظ وظاهره باعتبار عموم او اطلاق او منطوق ومفهوم مخالف
او موافق وبالجملة يحصل به لا له الالفاظ المعتبرة عند اهل اللسان مط ولا يشترط
افادتها القطع بل يكفي الظن المعتبر عندهم ويحصل به لا له الافعال والتقريرات وغيرها
المفيدة للقطع واما القرائن وسائر هذه الاحوال المفيدة للظن ففي اعتبارها هنا اشكال
وربما يستفاد من جماعة من الاصحاب اعتبارها بالنسبة الى الاستطراق والجلوس وقد
عرفت ما فيه الحادي عشر اذا اذنوا في تصرف كان لهم ولبعضهم الرجوع فيه مطلقا ولو كان
بناء حصل وتحقق كما اذا رجعوا في الجناح والساباط والسرداب ونحوها بعد تمام بنائها
وقد صرح بجواز الرجوع فيما اذنوا به في الغنية وكره وعد وس ولك ولهم وجهان الاول
ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه في الغنية بقوله ومتى اذنوا في ذلك كان لهم الرجوع فيه
لانه اعارة ولا اعلم فيه خلافا الثاني ما تمسك به في الغنية وس ونبه عليه في كره وعد ولك
من ان اذنهم بذلك اعارة فيجوز الرجوع فيه وصرح في لك بانه يبطل بموت الاذن وخروجه
عن التكليف بجنون واغماء وصرح في التذكرة بلزوم الارش هنا قائلا واذا اذن ارباب الدرب
المختص بهم في فتح باب ونصب ميزاب واشراع جناح او روشن او ساباط كان هذا
الاذن عارية يجوز لهم الرجوع فيه متى شاء لكن مع الارش لانه سبب في اتلاف مال الغير
على اشكال تنبيه هل يجوز فتح باب آخر في الطريق المرفوع لغير فائدة الاستطراق
كالاستضاءة ونحوها بغير رضاء سائر ارباب الدرب او لا صرح بالثاني في الغنية ويع وقد وعد
وكره وتبع وجامع المقاصد ولك ونظيره الاول من مجمع الفائدة وربما يشعر به الكفاية ويحتمله
في جامع المقاصد ولك مصرحين بضعف القول الاول وجهان احدهما انه نبه في الكفاية
على دعوى الاتفاق عليه بقوله قالوا وكذا لا يجوز لو اراد فتح باب لا يستطرق فيها دفعا

ورثنا الكلام فيه في كتاب منهل

للشبهة ويعضد ما ذكرنا ان احدا من المصرحين بالمنع من ذلك لم ينقلوا خلافا في ذلك من احد
من الاصحاب وقد يناقش فيما ذكر بالمنع من ظهور عبارة الكفاية في نقل الاجماع على ذلك
بحيث يصح الاعتماد عليه بل ربما كانت العبارة المذكورة مشعرة بعدم مصيره الى ذلك فتامل
فيه وعليه لا يكون نافلا للاجماع وعدم تعرض من ذكر لنقل الخلاف لا يفيد دعوى الاجماع
لامكان اختصاص التعرض لذلك من تقدم اليهم الاشارة ومن الظاهر عدم تحقق الاجماع
عادة باتفاقهم هنا وربما يستفاد من عبارة التذكرة عدم تحقق الاجماع على ذلك ووجود
الخلاف فيه لقوله ولو فتح بابا للاستضاءة دون الاستطراق او قال افتحه واسمره ففيما
لا ينتفع بابه مصرفا الاقرب منعه من ذلك لان الباب يشعر بثبوت حق الاستطراق فربما
استدل به على الاستحقاق ويمكن ان يمكن منه لانه لو رفع جميع الجدار لم يكن لاحد منعه
فليس يمكن رفع نقصها ولي فان قوله فالاقرب اه وقوله ويمكن اه ظاهران في عدم تحقق
الاجماع ووجود الخلاف ويؤيده اقتصاره على التعليل الذي اشار اليه بقوله لان الباب
وكذا يشعر بعدم تحقق الاجماع عبارة جامع المقاصد ولك وثانيهما ما نبه عليه في يع
والارشاد وعد وس وجامع المقاصد ولك قائلين لا يجوز ذلك دفعا للشبهة اي
لشبهة استحقاق المرور فيه بعد تطاول الزمان فانه اذا اشتبه حاله يشعر باستحقاق
المرور لانه وضع له وقد صرح بما ذكر في لك قائلا وبهذا حصل الفرق بين فتح الباب ورفع
الحائط جملة فان الثاني جائز دون الاول لان رفع الحائط لا يستدعي استحقاق المرور بوقت
من الاوقات اذ ليس فيه دلالة عليه بخلاف الباب وقد يناقش فيما ذكر بالمنع من حصول الشبهة
بمجرد فتح الباب الا على تقدير كون الاصل فيه استحقاق الاستطراق كما ان الاصل في اليد الملكية
وهو ممنوع لفقد الدليل ومجرد الظهور والظن باعتبار الغلبة لا يكون حجة الا بعد قيام الدليل
على اعتباره وهو هنا ممنوع بل العمومات الدالة على حجية الظن من الكتاب والسنة تمنع من
اعتباره هنا هذا وقد يمكن جعل امارات مع فتح الباب تمنع من حصول الشبهة فليست الشبهة

على تقدير تسليمها حاصلة في جميع صور المسئلة وثانيا بالمنع من كون حصول الشبهة يمنع من
تصرف المالك في ملكه لفقد الدليل عليه من الادلة الاربعة على انها لو كانت مانعة لما جاز
فتح الباب واحداث الساباط والسرداب ونحوها باذنهم لحصول الشبهة بالنسبة الى
بعض الاحوال قم وللقول الثاني ما نبه عليه في مجمع الفائدة قائلا مجرد فتح الباب لا يستلزم
ذلك اى الشبهة بل هو مبنى له المرور فانه تصرف في ملك نفسه ولذلك لما تقدم وسيجئ
انهم لما ان يرفع الحائط بالكلية فكيف نقصه الذي هو عبارة عن فتح الباب ونفى الشبهة
انه باب فانه قد يتردد فيه ويقولا لمنه ولا يمكن اثبات تجدده ويحصل ما ذكره ان عموم ما
دل على جواز تصرف المالك في ملكه باى نحو من انحاء تصرف اراد وهو قوله الناس مسلطون
على اموالهم تقتضى جواز ذلك مع خلوه عن المعارض هنا وتعضده الاصل والمسئلة في غاية
الاشكال فلا ينبغى فيها ترك الاحتياط ولكن القول الثاني لا يخ عن قوة وينبغى التنبيه
على امور الاول صرح في لك بانه لا فرق في هذا الحكم بين الذي لا حق له في الطريق المذكور
كالجار الملاصق لها الحائط وبين من له باب فيها اذا اراد احداث باب آخر ادخل من بابه
لاشتراكهما في عدم استحقاق المرور في المحل الذي فتح فيه الباب الثاني صرح في التذكرة بانه
ليس لمن لا باب له في الدرب المقطوع احداث باب الا برضا اهل السكة باسرهم لتضررهم اما
بمرور الفاتح عليهم وبمرورهم على الفاتح وهو جيد الثالث صرح في كرة بان من له باب في
تلك السكة لو اراد ان يقدم بابه نظر ان كان يريد الفتح اقرب من بابه الى راس السكة كان
له ذلك لان له الاستطراق فيه وهو شريك فاذا فتح بابا كان ذلك بعض حقه فان كان يريد
الفتح اقرب من بابه الى صدر السكة لم يكن له ذلك مسئلة يجوز فتح الروازن والشبابيك شر
في الحيطان التي في الدروب المسدودة وليس لاحد منع ذلك وقد صرح بذلك في الغنية
والتبع والارشاد وعد وكره وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة والكفاية وهم وجهان
احدها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه في الغنية قائلا ولا يجوز منعه من فتح كوة في حائطه

ولا اعلم في ذلك خلافا وثانيهما ما تمسك به في الغنية وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة
من ان ذلك تصرف في ملكه والانسان مسلط على التصرف في ملكه بما شاء لعموم قوله
الناس مسلطون على اموالهم وثالثها ما نبه عليه في لك قائلا والشبهة المنصرفة من الباب منتفية هنا
وينبغى التنبيه على امور الاول لا فرق في ذلك بين ان يكون لصاحب الحائط في ذلك
الطريق باب ولا كما هو ظاهر اطلاق معظم الكتب المتقدمة وصرح به في التذكرة قائلا
يجوز فتح الروازن والشبابيك في الحيطان التي في الدروب المسدودة وليس لاحد منع
ذلك سواء كان لصاحب الحائط في ذلك الدرب باب او لم يكن لان له رفع جميع الحائط
وان يضع مكانه شباكا فبعضه اولى وانما منع الباب لمعنى غير موجود هنا الثاني صرح
التذكرة بانه يجوز له فتح روزنة وشباك في حائطه الفاصل بينه وبين جاره ولا تحرم عليه
الاطلاع الى دار الغير بل يستضيء للاضاءة في بيته وقد حكاه في الكفاية عن الاصحاب بلفظ
قالوا قائلا قالوا وكما يجوز فتحها الى الدروب المرفوعة يجوز الى غيرها من الاملاك والدور
وانما يستلزم الاشراف لان المحرم هو التطلع لا التصرف في الملك وهو غير معيب لتسلط
الناس على اموالهم وقد صار للجميع ما حكاه عنهم في لك وصرح في مجمع الفائدة بجواز
فتحهما الى املاك الغير ودورهم سواء تضرر الجار بامكان الاطلاع على عوراته او لا محتجا
بتسلط الناس على اموالهم الثابت بالعقل والنقل وهو جيد واما حرمة الاطلاع على
دار الغير ففيها اشكال ولكنها احوط خصوصا اذا ترتب عليه ضرر الجار واستلزم النظر
الى عوراتها واحتمل الامرين بل احتمال التحريم في الصورة المذكورة في غاية القوة الثالث
صرح في مجمع الفائدة بانه لا ينبغى ان ينصب الشبابيك بحيث لا يأخذ شيئا من هواء الزقاق
الا باذن جميع اربابه مطلقا كان ام لا وهو احوط بل جيد على القول بكونه مملوكا لاربابه الرابع
صرح في كره ولك ومجمع الفائدة بانه يجوز للجار ان يبنى حائطا في وجه شباكه وروزنته
وان منع الضوء لانسداد الروزنة والشباك وهو جيد الخامس لا فرق في ذلك بين

الشبابيك والروزنة الصغيرين والكبيرين مسئلة لو صالح بعوض واضع الروشن
والجناح ونحوهما ارباب الدرب والسكة المرفوعة على وضعها فهل يصح هذا الصلح ام لا فيه
قولان احدهما انه يصح ويجوز وهو للتذكرة وعد وس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية و
المحكي عن الرابع عن ابن البراج وتردد فيه الشرايع للاولين وجوه منها ظهور عبارة
كره في دعوى الاتفاق على الصحة حيث افتى بها جازما ولم ينقل خلافا عن احد من الامامية
بل انما نقل الخلاف عن بعض الشافعية مضافا الى انه صرح بانه يجوز الصلح المذكور على الاظهر
عندنا ومنها ما تمسك به في جامع المقاصد والمسالك من العمومات الدالة على صحة الصلح
فانها شاملة لمحل البحث وربما اشار الى ما ذكر في كره بقوله لانه حق مالي متعين المالك
فجاز الصلح عليه واخذ العوض عنه كما في القرار وللاخرين ما تمسك به في المبسوط
والغنية من ان في ذلك الصلح افرادا للهواء بالبيع وهو باطل اما الاول فلان الصلح فرع
البيع واما الثاني فلان الهواء تابع فلا يصح بيعه منفردا وقد نوقش في كلتا المقدمتين
اما في الاولى فبالمنع من كون الصلح فرعا للبيع كما تقدم اليه الاشارة وقد نبه على ما ذكر في جامع
المقاصد والمسالك واما في الثانية فبالمنع من التبعية مسلما ولكن نمنع من كون التبعية مانعة
من البيع وقد نبه على هذا في كره والمسالك ثم ان المعتمد هو القول الاول سواء قلنا بان الهواء مملوك
ملك لاربابها ام لا وينبغي التنبيه على امور الاول كما يجوز الصلح المذكور بعوض كذا يجوز
بغير عوض كما نص عليه في س وهو ظاهر اطلاق كره وعد وجامع المقاصد والكفاية ولا
فرق في ذلك بين القول باستقلال الصلح والقول بتبعيته للعارية فهنا نعم على الاول يكون
لازما وهو المعتمد واما على الثاني فيكون جائزا الثاني هل يشترط في الصلح المذكور تعيين
المدة او لا ظاهر الاول من س وصرح في كره بانه اولى وهو جيد ان اراد به الاستحباب كما
يشعر به العبارة وان اراد اللزوم فالاقرب عدمه وعليه ينصرف الاطلاق الى المتعارف
ومنه البقاء دائما وبالجملة المناط ما يفهم من الاطلاق عرفا الثالث هل يشترط في الصلح المذكور

رضا جميع

رضا جميع اهل السكة او لا الاقرب هو الاول ان قلنا بان جميع اهل السكة مشتركون فيها
والا فالثاني وعليه فينبغي التفصيل فيقال ان الروشن المحدث ان كان خارجا عن جميع
الابواب فهو حق لهم اجمع وان كان داخلا عن بعضها لم يتوقف على اذن الخارج وقد نبه
على ذلك في لك قائلا وقيل يتوقف على رضا الجميع كالاول للاحتياج اليه عند ازدحام
الدواب والاحمال وقواه في س والاول اشهر الرابع صرح في كره بانه اذا وضع الجناح
او الروشن والساباط في الدرب المسلوك النافذ على وجه يضر بالمارة وجب ازالته
وعلى السلطان ازالته بذلك ولو صالحه الامام او بعض الرعية على شيء لم يجز لان ذلك
بيع الهواء منفردا وهو باطل والهواء لا يفرد بالعقد بل يتبع القرار كالحمل مع الام ولانه
ان كان مضرا لم يجز اخذ العوض عنه كبناء الدكة في الطريق وان لم يكن مضرا كان جائزا
ويجوز للانسان نقله في الطريق لا يجوز ان يؤخذ عوض عنه كالسلوك وواحد من
الرعية ليس هو المستحق ولا نائب المستحقين وما نبه عليه بقوله ولانه ان كان مضرا الخ
في غاية الجودة فلا يصح الصلح المذكور لا من الحاكم ولا من الرعية مسئلة لو كانت
لانسان داران متلاصقتان باب كل واحدة منهما في زقاق غير نافذ واراد صاحبهما فتح
باب بينهما ومن احديهما الى الاخرى فهل يجوز ذلك لاستطراق الدارين بان يجيء
من دربه احدى البابين ويخرج من الباب الاخر او لغير ذلك من الاغراض او لا الاقرب هو
الاول وفاقا للشرايع وكره والارشاد وعد وس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وفي مجمع
الفائدة وهو المعتمد ولهم وجوه منها الاصل ومنها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد
من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى الخلاف ولا الاشكال في ذلك لا سيما في التذكرة
على وجود الخلاف من اصحابنا في ذلك بقوله ولو كان له داران متلاصقتان الى سكتين
مرفوعتين فالاقرب ان له فتح باب بينهما واستطراقهما فان لفظ الاقرب فيه ظاهر
في وجود الخلاف من اصحابنا في ذلك لانا نقول لا نسلم ظهوره في اصل وجود الخلاف

فضلا عن ان يكون من الامامية سلمنا ولكن اشارة الى الخلاف بعض العامة لا الى الاشارة
نعم يظهر مما ذكره ان المسئلة ليست باجماعية عنده ولكن هذا لا ينافي ما ادعناه من ظهور
عدم الخلاف بين اصحابنا في ذلك كما لا يخفى وفي نهاية عليه في التذكرة بقوله ولو كان له داران
متلاصقتان باب كل واحدة منهما في زقاق غير نافذ واراد صاحبهما فتح باب من احديهما
الى الاخرى جاز عندنا وللشافعية فيه وجهان احدهما المنع ومنها ما تمسك به في التذكرة
وجامع المقاصد وذلك من ان لدخول السلوك في كل واحد من السكتين ودفع الجدار
الحائل بين الدارين وجعلهما دارا واحدة ففتح باب من احديهما الى الاخرى اولى بالجواز
اذ هو عبارة عن رفع بعض الجدار ومنها ان ذلك لو لم يكن جائزا لاشتهر لتوفر
تواتر لتوفر الدواعي عليه والتالي باطل قطعا بل الظاهر من السيرة الجواز ومنها
عموم قوله الناس مسلطون على اموالهم وبعضهم في بعض الصور قوله تعالى اوفوا بالعقود
وقوله المؤمنون عند شروطهم ثم ينبغي التنبيه على امور الاول حكى في التذكرة
عن بعض العامة قولا بالمنع من ذلك قائلا بعد التصريح بالجواز وللشافعية وجهان احدهما
المنع لان ذلك يثبت له حق الاستطراق من الدرب الذي لا ينفذ الى دار لم يكن لها طريق
منه ولان ذلك ربما ادى الى اثبات الشفعة في قول من يثبتها بالطريق لكل واحدة
من الدارين في زقاق الاخرى وهذا قول اكثرهم وهو غلط لان له دفع الحاجز بالكلية
فرفع بعضه اولى والمحذور لازم فيما لو رفع الحائط مع انه لا يبطل به حق الشفعة والثاني
ان له ذلك كما اخترناه لان له رفع الحاجز بالكلية ففتح الباب اولى وقال بعضهم موضع الخلاف
ما اذا سد باب احدى الدارين وفتح الباب بينهما الغرض الاستطراق واما اذا قصد اتساع
ملكه فلا منع الثاني لا يختص ذلك بالدارين المتلاصقتين الدور المتعددة وسائر الاملاك
المختلفة كحامين وخانين ودكانين وبستانين وحمام ودار وخان اودكان او بستان
وبالجملة الحكم المذكور ثابت في جميع الاملاك المتعددة المتصلة وانا فتشنا الكتب المتقدمة

على الدارين

على الدارين ولا يشترط ان يكون مملوكة للفاتح بل يجوز ذلك مطلقا ان لم يكن مانع من جهة اخرى
الثاني صرح في ... بعد التصريح بجواز ذلك بان كل دار يبقى على ما كانت عليه في استحقاق
الشفعة بالشركة في الطريق ونبه على ما ذكره في ... قائلا والاقوى ان كل دار على ما كانت
عليه في استحقاق الشفعة بالشركة في الطريق ولا يتعدى الى الاخرى وان جاز الاستطراق لان
ذلك النفع لم يوجب حقا للدار في الطريق الاخرى وانما اباح الانتقال من دار الى دار ولو
الاخرى ومتى صار فيها استحق المرور في طريقها تبعا للكون الثاني في الدار التي هو فيها الا
وهو جيد الثالث صرح في ... بان ظاهر الشيخ اشتراك اهل الزقاق في الدرب من الجانبين
وهو جيد الرابع صرح في ... بانه اولى بالجواز ما كان بابها الى الطريقين نافذين لم
فتح باب ذي السكة الى الطريق وهو جيد ثم صرح بانه يجوز العكس الخامس صرح في التذكرة بانه
لو كان له داران متلاصقتان باب كل واحدة منهما في زقاق غير نافذ فاراد صاحبهما رفع الحائط
بينهما بالكلية وجعلهما دارا واحدة جاز قولا واحدا وقد صرح بالحكم المذكور في الجامع وذلك
وجامع المقاصد وقد صرح فيه بدعوى الاجماع عليه قائلا رفع الجدار الحائل بين الدارين وجعلهما
دارا واحدة جائز اجماعا السادس صرح في التذكرة بانه لو صالح الممنوع من فتح الباب في
الدرب المقطوع اربابه على مال ليفتح الباب جاز عندنا وهو جيد للاصل وعموم ما دل
على صحة الصلح وما تضمنه عبارة كره بدعوى الاجماع عليه السابع صرح في كره انه بانه لو
اراد فتح باب من داره في غيره فصالحه عنه مالك الدار على مال صح ويكون كالصلح على
اجراء الماء على السطح ولا يملك شيئا من الدار والسطح لان السكر لا يراد الا للاستطراق
فاثبات الاستطراق فيها لا يكون نقلا للملك والدار والسطح ليس المقصود منهما الا الاستطراق
واجراء الماء وهو جيد منهل لو احدث في الطريق المرفوع حدثا ممنوعا منه بغير
اذن اربابها كما اذا احدث روشنا او ساباطا جاز ان لكل من له الاستطراق فيه
صح به في الشرايع والارشاد وعد وجامع المقاصد وذلك ويمنع لفائدة فهم وجوه

منها طهور ولا اتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى الخلاف ولا اشكال
في ذلك ومنها ما تمسك به في جامع المقاصد قائلا لانه تصرف في حقهم بغير اذنهم فكان
له ازالته ومنها ما نبه عليه في مجمع الفائدة قائلا لا اشكال في الجواز لاهل المرفوعة لانه حقهم
ولانه نهي وكذا لغيرهم من باب نهي الكل وينبغي التنبيه على امور الاول انه صرح في لك بانه لا فرق
في الحدث بين كونه مضرا او غيره ولا بين كونه في الهواء كالروشن او في الارض كحفر دكة ووضع
خشب وحجارة ونحو ذلك ولا بين كونه من اهل تلك الطريق لاشتراك الجميع في كون
ذلك تصرفا في ملكهم بغير اذنهم فكان لهم ازالته وجميع ما ذكره جيد ويظهر من اطلاق باقي
الكتب المتقدمة الثاني صرح في جامع المقاصد ولك بانه لا فرق في جواز الازالة بين وقوع
الحدث باذن بعضهم وعدمه بل لو بقي واحد بغير اذن فله المنع والازالة وهو جيد وهل
يجوز لمن اذن الازالة ثانيا او لا فيه اشكال فالاحوط الترك واما الذي لم ياذن فيجوز له
الازالة ثانيا بلا اشكال الثالث هل يجوز لغير اهل السكة المرفوعة الازالة كما يجوز لهم
او يختص الجواز بهم صرح بالاول في مجمع الفائدة محتجا بانه من باب النهي عن المنكر وفيه نظر وربما
يظهر من الشرايع وعد الثاني لاقتصارهما في الحكم بالجواز على اهل السكة والتحقيق انه
ان الازالة ان لم يستلزم تصرفا في ملك الغير بدون اذنه فلا اشكال في جوازها واما ان
استلزمته ففي الجواز اشكال ولكن الاقرب الجواز وهل يكون مرتكبا الحرام باعتبار التصرف
في ملك الغير بدون اذنه او لا فيه اشكال ولكن احتمال الجواز لا يخلو من قوة وليس هذا التصرف
محرما بالنسبة الى اهل السكة بلا اشكال الرابع هل يختص جواز الازالة بالنسبة الى اهل السكة
بصورة امتناع المحدث منها او لا بل يجوز لهم مطلقا ولو اراد المحدث مباشرتها يظهر من
اطلاق الكتب المتقدمة الثاني وهو الاقرب والظاهر ان تصرفهم في ملك المحدث بدون اذنه
باعتبار الازالة ليس بحرام ولو كان الاحداث منه على وجه لا يعد معصية ولكن مراعاة الاحتياط
اولى الخامس يلزم بعد الازالة رد تمام ما للمحدث من الخشب والحجر وغير ذلك اليه قطعا

وهل يضمن

وهل يضمن المزيل ما يتلف وما يعرض النقص منها او لا فيه اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط
وان كان احتمال عدم الضمان في غاية القوة السادس اذا توقفت الازالة على بذل مال فهل
هو على المحدث او لا فيه اشكال ولكن الاحتمال الثاني في غاية القوة السابع هل يجب
الازالة على غير المحدث من اهل السكة او لا الاقرب الاخير وقد صرح به في مجمع الفائدة و
هل يجب الازالة على المحدث او لا فيه اشكال فلا ينبغي ترك الاحتياط بل الاحتمال الاول في
غاية القوة منهل اذا كان في السكة المرفوعة ابواب بعضها ادخل من الآخر
فهل يشترك جميعهم في جميع السكة فيكون الاستحقاق في جميعها لجميعهم او لا بل يشترك
كل واحد منهم بخصوص ما بين راس السكة وباب داره فينتهي لباب الادخل التي هي آخر
بالنسبة الى اول المرفوعة شركة مع الاقدم من اول المرفوعة الى باب الاقدم ثم يختص ما
بعدها وهو ما بين البابين به ولا يشاركه الاقدم فيه اختلف الاصحاب في ذلك على
قولين احدهما ان جميع ارباب السكة لا يشاركون في جميعها بل يختص الادخل بما بين البابين
ويشاركه الاقدم من راس السكة الى بابه لا غير وهو للشرايع والارشاد وعد وجامع
المقاصد وصحح في لك بانه مذهب متاخري الاصحاب وفي كرة وجامع المقاصد ولك و
مجمع الفائدة وغيرها بانه المشهور بين الاصحاب وفي الكفاية بانه الاشهر وثانيهما ان جميع
ارباب السكة مشتركون في جميعها ولا يختص بعضها ببعضهم وهو للعروس ولك ومحكي عن القاضي
ويظهر من كرة والكفاية التوقف في المسئلة للاولين وجوه منها ما تمسك به في جامع المقاصد
واشار اليه في كرة ولك وغيرهما من ان المقتضي لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهايته
بابه فلا يشاركه في الداخل لعدمه بالنسبة الى هذا الداخل الزائد على بابه حكم الاجنبي من غير اهل
السكة وفيه نظر اما اولا فللمنع من انحصار المقتضي في الاستطراق لاحتمال كون المقتضي هو
نفع الحاجة الى الانتفاع بالطريق باعتبار طرح الاثقال ووضع الاحمال ونحو ذلك والظاهر ان
نهايته هذا ليس الى بابه واما ثانيا فلان كون المقتضي هو الاستطراق لا يقتضي اختصاص

الاشتراك التالي بانه لا عقلا ولا نقلا اذ يجوز ان يكون مقتضيا للشركة في جميع السكة واما ثالثا
فلما نبه عليه في مجمع الفائدة فانّ القول بالاختصاص بعيد ودليله مدخول والاصل دليل
قوي وليس هنا ما يدل على اختصاص احد الا الاستطراق وعدم مرور الغير اليه وهو
ليس بدليل ولانه لو كان ذلك دليلا لكان الفاضل في اخر المرفوعة ملكا للاخير ولانه
قد يكون المرفوعة واسعة ولانه قد يكون في مقابلة الباقي فيشكل الاختصاص ويحتمل
الاشتراك بينهما واختصاص كل بما يحاذي به وهو بعيد لعدم الاشتراك وعدم الدليل
قول س وان كان خلاف المشهود ومنها ان الادخل لا شك في انه يجوز له التصرف
فيما بين البابين الذي هو بعد بابه الاقدم وكذا لا شك في انه مملوك له في الجملة على القول
بان السكة ملك لاربابها واما جواز تصرف الاقدم في ذلك وتملكه له في الجملة فغير ثابت
فالاصل عدم الامرين لا يقال كان الاصل عدم تملك الاقدم لشيء مما بين البابين كذلك
الاصل عدم تملك الادخل لتمام ما بين البابين لانا نقول الاول اولى بالترجيح لاعتضاده
بالشهرة فتدبر ومنها ان شهرة القول بذلك بل لم ينقل في التذكرة القول الثاني عن احد
من الامامية وظاهرها انهم متفقون على القول الاول وان صرح بانه المشهور لان الشهرة
قد يراد بها ما يراد في الاتفاق مع انه صح بان المشهور عندنا ان الادخل ينفرد بما بين البابين
ويشتركان في الطرفين ولفظ عندنا ظاهر في اتفاق الكل فتدبر وبعضهم ادعى التصريح
بانه مذهب المتاخرين فانه ظاهر في دعوى اتفاقهم عليه ولا يقدح في ذلك مخالفة لنفسه
وان وافقه في ذلك مجمع الفائدة بل قد يمنع من مخالفته لان غايته ما صدر منه التصريح بان
القول الثاني قوي وهو ليس صريحا في الفتوى به والمخالفة لما عليه المعظم لاحتمال ان يكون
المراد به القوي بحسب الاصل والقاعدة ومن انظار انه يجب تخصيصها بالشهرة بناء على القول
بحجيتها كما صار اليه في كرك وعلم من عادته غالبا من عدم مخالفته لما عليه المعظم وقد يدفق
لاتمام شهرة القول الاول اذ لم نجد مصرحا به سوى الفاضل والمحقق الثاني ولم نجد احدا

غيرهم

غيرهم صرح به لا عينا ولا اثرا ومن الظاهر ان الشهرة لا تحصل بفتوى هم ولا يندفع ما ذكر بتصريح جماعة
باشتهار القول الاول لاحتمال ان يكون مرادهم مجرد اكثرية القائل به وهي انما تثبت بالنسبة الى
المصرحين بذلك وفيه نظر فان ذلك خلاف ظاهر عباراتهم قطعا وعدم وجدان مصرح بذلك
مما عدا من ذكر لا يقتضي عدمه خصوصا مع تباعد الازمنة وتلف كتب كثير من الامامية
وبالجملة اخبار الجماعة تحقق الشهرة هنا يلزم قبوله عملا بالعمومات الدالة على حجية اخبار العدول
وبما دلهم من العقل والنقل وبالجملة الظاهر اشتهار القول الاول فيلزم الحكم بحجيته بناء على
القول بحجية الشهرة نعم ان قلنا بعدم حجيتها مطلقا سقط هذا الوجه عن الاعتبار ومنها انه
لو كان ما بين البابين مشتركا بين الاقدم والادخل ولم يكن مختصا بالاخير لزم عدم جواز الصلح
معه على اخراج روشن وجناح وساباط ودكة وسرداب فيه والتالي باطل فالمقدم مثله
اما الملازمة فلظهور عدم جواز التصرف في المال المشترك بدون اذن الشريك واما بطلان
التالي فلعموم ادلة صحة الصلح من قوله تعالى اوفوا بالعقود وقوله ع المؤمنون عند شروطهم
وقوله ع الصلح جائز بين المسلمين فتدبر وللاخرين وجوه منها ما نبه عليه في كرة وس وجامع المقاصد
ولك من ان احتياج جميع اهل السكة الى جميعها عند ازدحام الاحمال ووضع الاثقال فيلزم ان
يكون مشتركة بين جميعهم وفيهما قاله في ذكرنا ولا تأثير لان احتياج جميع اهل السكة الى جميعها
وان كان قد يتفق الا انه نادر في الغاية بل قد لا يتفق بالنسبة الى كثير من الاشخاص والنادر
حكمهم حكم المعدوم ومنها ما نبه عليه في جامع المقاصد في مقام الايراد على الوجه المذكور
بقوله وفيه نظر لانه لا يلزم من الاحتياج الشركة وانما المقتضي لها الاحياء فاذا وضع
الباب على وجه معين لم يكن لاستحقاقه فيما يدخل عنه وجه ومنها ما تمسك به في لك
قائلا ولان افضاء تصرف الخارج على نفس بالخروج عن بابه امر بعيد متعسر والاحتياج حوله
الاجانب من الداخل وان قلت ومنها انه لو لم يشترك كل ارباب السكة في كلها لما توقف
احداث الجناح والروشن والساباط والميزاب في الطرق المرفوعة على رضا جميعهم بل على

رضاء بعضهم وهو الذي يراد اخراج المذكورات فيما يختص به والتالي باطل فالمقدم مثله اما الملازمة
فلان من لا يملك شيئا ولا يستحق لا يعتبر في التصرف رضاه واما بطلان التالي فلما عرفت
سابقا من تصريح الاصحاب بانه لا يجوز احداث باب ولا جناح ولا غيرها في الطرق المرفوعة
الا باذن اربابها وقد نص في الغنية على دعوى الاتفاق عليه ولم يتضمن غيرها اشارة الى خلاف
في ذلك من احد من الاصحاب ويعضد ما ذكراه لا تصريح الغنية وكره والجامع وجامع المقاصد
ولك في مقام الاحتجاج على عدم جواز احداث المذكورات في الطرق المرفوعة بدون اذن
اربابها بانها ملك لاربابها وقد صرح في الغنية بانه لا يعلم خلافا في ذلك وظاهر هذه
العبارة دعوى اتفاق المسلمين عليه كما لا يخفى على من تتبع في الكتاب المذكور وثانيا تصريح
الشرايع في المقام المذكور بانها مختصة بهم وقد نبه على ما ذكره مجمع الفائدة قائلا ثم هنا
اشكال وهو انهم قد حكموا بكون المرفوعة ملكا لكل من فيها في الهواء والارض كله ملك مشترك
بين اربابها وايضا قالوا لا يجوز لاحد التصرف باحداث الرواشن والاجنحة وفتح باب
وفتح الابواب المستجدة حتى لغير الاستطراق ايضا وكذا قطع الميزاب سواء حصل الضرر
ام لا الا باذن الارباب فهو مؤيد للاشتراك ثم حكموا هنا بالاختصاص بما بين الباب
لذي الباب الادخل وايضا ذكروا انه يجوز لكل من الادخل والاقدم اخراج بابه بعضهم
مثل فتح باب صحح به الا بيع سد الاول وعدمه الادخال وقد اشكل في كره الادخال ايضا
ثم قال الظاهر انه يشترط عدم الاذن وصح لا مانع من الرواشن ونحوه ايضا فكانهم جوزوا جميع ما حرموا
وقد نوقش في الوجه المذكور اما اولا فبالمنع من الملازمة لجواز ان لا يكون السكة المرفوعة
ملكا لجميعهم على سبيل الاشاعة والاشتراك ويكون بعضها مختصا ببعضهم ولكن لا
يجوز التصرف فيها بالمذكورات الا بعد رضا جميعهم تعبدا شرعيا ولمصلحة خفية لا نعلمها
وان كان ذلك مخالفا للاصل لان الاصل لا يعارض النص ولو كان مستفادا من الاتفاق
ثم قد يقال على هذا لا يبقى للنزاع فان السكة المرفوعة مشتركة بين الجميع او بعضها مختص

بعضهم

ببعضهم فائدة تم واما ثانيا فبالمنع من بطلان التالي لاحتمال ان يكون المراد من قولهم
لا يجوز اخراج الجناح في المرفوعة الا باذن اربابها صورة كون اخراج الجناح في محل
اشتراك الجميع وهو اول السكة ويكون القرينة على هذا التقييد عبارات المعظم
في التصريح بعدم اشتراك الجميع ولاحتمال ان يكون المراد من قولهم انها ملك لاربابها ان مجموع السكة
ملك لمجموع اهلها وهو اعم من ان يكون جميعها لجميعهم بطريق الاشتراك والاشاعة ومن ان يختص
بعضها ببعض كقولك الشاة والدراهم فانه اعم من كون الآخذ لجميع الجميع ومن ان يكون الآخذ لكل
واحد منها واحدا منهم وبالجملة لا بد من ارتكاب التاويل بتقييد الاطلاق ونحوه فيما صرحوا به
من عدم جواز احداث المذكورات في المرفوعة بدون اذن اربابها او مما انها ملك لهم بحيث
ينطبق على ما صرحوا به هنا من عدم اشتراك جميع اهل السكة في جميعها لان ارتكاب التاويل
في هذا في غاية البعد لانه كالنص بل هو نص بخلاف السابق فان ارتكاب التاويل فيه في غاية
القرب بل قد يمنع من شمول اطلاقه لجميع ما يندرج تحته لغة لوروده في بيان حكم آخر واما
احتمال التناقض في كلامهم او عدولهم عما ذكروه سابقا فبعيد غايته بل قد يعد من المحالات
العادية كما لا يخفى تم وقد يقال يمنع شمول الاطلاق المذكور لمحل البحث بعيد في غاية البعد
وارتكاب التاويل فيه حسن بالنسبة الى المصرحين بالامور المذكورة واما بالنسبة الى من لم يصرح
الا بالمنع من احداث المذكورات في المرفوعة من دون اذن اربابها وبانها ملك لهم وهو ابن زهرة
في الغنية ويحيى بن سعيد في الجامع فيلزم العمل بظاهر الاطلاق المذكور من اشتراك الجميع
في جميعها وعليه يصير ما يظهر من الغنية من دعوى الاجماع على الاطلاق المذكور حجة للقول
الثاني الذي يكون القائل به كثيرا على هذا التقدير الا ان يجاب بوهنه بالشهرة المحكية في كتب
تقدم اليها الاشارة تم ومنها ما نبه عليه في مجمع الفائدة ايضا قائلا وايضا اذا كان ما بين
البابين مختصا فكيف يكون الفاضل مشتركا للارتفاق والانتفاع به وظاهر كلامهم انه
مشترك بحيث يجوز الانتفاع به مطلقا الا انه موقوف على اذن ذي الباب الادخل وهذا

انتهى دليل اشتراك الجميع الا ان يقال قد يكون الملك له ويكون للاقدم المزيد للانتفاع به وهو بعيد
كالقول بان الملك والاشتراك لا يستلزم الانتفاع بغير اذن لا داخل وبالجملة كلامهم في هذا
المقام غير منقوم لي جدا ويمكن التخلص عن بعض الاشكالات بطريق الجدل والاحتمال لكن
لم يتحقق لي شيء يطمئن به النفس والقاطع قطع النظر عن كلامهم عدم المكلفية في المرفوع عنه د
السكة ايضا واشتراك الكل في الكل بالانتفاعات المتعارفة بحيث لا يضر بالاخر وعدم
الفرق بين المرفوع وغيرها الا باختصاص الانتفاعات وقلما المترددين وفي هذا الوجه
الذي ذكره اشكال لا يخفى وكيف كان فالمسئلة لا يخلو عن الاشكال فينبغي فيها مراعات
الاحتياط وان كان القول الاول في غاية القوة وقد اشار في كره الى فائدة النزاع فيها بقوله
وتظهر الفائدة في منع اشراع الجناح الا برضاهم فعلى القول باشتراك الكل في الكل يجوز
لكل واحد من اهل السكة المنع وعلى الثاني انما يجوز المنع لمن موضع الجناح بين بابه وراس
السكة دون من بابه من موضع الجناح وراس السكة ونبه على ما ذكره في يق انتهى وينبغي
التنبيه على امور الاول لو فصل في صدر الزقاق فضلة عن الاستطراق فيظهر من الشرايع
والارشاد ويق وجمع الفائدة اشتراك اهل الدرب فيها وهو جيد واستظهر بعض الاجلة
من الاصحاب قائلا ولو فصل في صدر الزقاق فضلة عن الاستطراق فظاهر الاصحاب ان ارباب
الابواب فيها سواء ولا اولوية لواحد على غيره فلو كان في الزقاق فاضل الى صدرها وندعيها
فيما فيه سواء كما نص عليه في الشرايع واشار الى وجهه في لك قائلا لاستوائهم في الارتفاق
بها فلا اولوية لواحد على غيره بخلاف ما بين البابين لان داخل الباب يقتضي الاستطراق
وهو مختص بالمستطرق فيتحقق الترجيح وقد نبه على ما ذكره في جامع المقاصد وغيره و
لكنا ويرد عليه في لك اشكالا بقوله بعد الاشارة اليه ويشكل ذلك على القول باختصاص
الداخل بما بين البابين لتوقف الانتفاع ح بالفضلة على استحقاق السلوك اليها فاذا
لم يكن للخارج حق السلوك لا يترتب على تصرفه الفاسد ثبوت يد على الداخل ثم اجاب عن هذا

الاشكال

الاشكال قائلا ويندفع بان ثبوت ملك شيء لا يتوقف على ثبوت مسلك له ومع ذلك فيمكن
دخول الخارج الى الفضلة لشاهد الحال كسلوك غيره ممن لا دخل له في تلك الطريق بها فاذا انضم
الى ذلك اشتراكهم جميعا في التصرف في الفضلة حكم باشتراكها بينهم ولا يرد مثله في المسلك
بين الناس حيث يجوز للخارج دخوله لذلك لان الداخل اليه يد السلوك المستمر عليه الذي
لا يتم الانتفاع بدارها الا به بخلاف الفضلة فان يدهم فيه سواء اذ لا تصرف لهم فيها الا بالارتفاق
وهو مشترك ولو قلنا باشتراكهم في جميع الطريق فالحكم في الفضلة واضح الثاني يجوز للداخل
ان يقدم بابه الى الخارج وكذا يجوز للخارج ان يقدم بابه الى الخارج وبالجملة يجوز لكل من
الداخل والخارج الخروج ببابه وقد صرح بذلك في يع والارشاد وعد وكره والجامع وس
وجامع المقاصد ولك وغيرهم وجوه منها الاصل ومنها ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من
الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى الخلاف فيه ولك لا يقال قد صرح في الغنية ويع وعد ود
وكره ويق وجامع المقاصد ولك والكفاية بانه لا يجوز في المرفوع احداث باب فيها الا
باذن اربابها ويظهر من الاول دعوى الاتفاق عليه لانا نقول الظاهر ان مرادهم كون الفاتح
غير اهل السكة كما لا يخفى ومنها ما صرح به في كره وجامع المقاصد ولك من ان حق الاستطراق
ثابت لكليهما فكان ما خرج عنه له فيه شركة وتصرفه في حقه برفع كلفة جائز بلا اشكال فجواز
رفع بعضه بتقدم الباب اولى وزاد في الثاني قائلا ولا يقال انه بتكثير الابواب يكثر
المستطرقون لانه لا يتفاوت الحال بكثرة المستطرقين والباب واحد مع الازدحام وربما كان
اكثر على هذا التقدير وقد اشار الى ما ذكره في لك انتهى ولا فرق في ذلك بين ان يأذن
الشركاء بنقل الباب الى الخارج اولا ولا بين ان يقال باختصاص ما بين البابين
بالداخل اولا بل باشتراك الجميع في الجميع ولا بين ان يقال السكة مملوكة لاربابها اولا وهل يختص
الجواز بصورة سد الباب الاول اولا بل يجوز مط ولو لم يسد الاول صرح بالثاني في عد
وكره وجامع المقاصد [illegible] انه مما لا خلاف فيه بين الاصحاب كما نبه عليه في التذكرة

وهو الا بعد من باب السكة

فالاولى ان اراد ان يتقدم ببابه الى باب السكة فان سد بابه الاول كان له ذلك قطعًا لان له بعض
حقه وان لم يسد بابه فكذلك عندنا وللشافعية فيه قول بالمنع لان الباب الثاني اذا انضم الى الاول
اورث زيادة زحمة الناس ووقوف الدواب في السكة فيتضررون وما حكاه عن الشافعية
ضعيف فالمعتمد هو الجواز مط وربما يظهر من س التوقف لقوله ويجوز اخراج باب اخر وان لم يسد الاول
على قول وعليه ان سد فله العود اليه مع الثاني كما صح في كره وعد وصح به في جامع المقاصد
انه يحتج بان حقه الثابت لا يسقط بسد الباب بدون الاسقاط الثالث هل يجوز لكل
من الخارج والداخل بابه من غير اذن شريكه فيه احتمالان الاول عدم الجواز وقد صار
اليه في يع وذ وعد وكره وتع وس وجامع المقاصد ولك ولهم وجهان احدهما الظهور
اتفاق القائلين بعدم اشتراك جميع اهل السكة فيها عليه وثانيهما ما تمسك به في لك
من ان الخارج لما لم يكن له حق فيما حاذى مجازه الى الداخل لم يكن له التحول الا باذن الداخل الا
على القول الثاني وقد نبه على ما ذكره في جامع المقاصد بقوله لانه لا حق له فيما دخل عنه
الثاني الجواز وان لم نقل بمشاركته في الداخل وقد احتمله العلامة في عد وكره معللا فيهما بانه
قد كان له ذلك في ابتداء وضع الدار ورفع الحائط اجمع فيستصحب وضعف هذا الوجه في
لك وجامع المقاصد قائلين بعد الاشارة اليه ويضعف بان تملك المباح انما يقع على الوجه
الذي يتفق فانه قد كان له فتح بابه ابتداء الى اي الجهات ومن اي الجوانب شاء فلما احيى ما
حوله منع من ذلك لسبق تحوله بالاحياء على فتحه وزاد في الاول قائلا ومثله القول في
الجزء الداخل من الطريق فانه بوضع بابه خارجه دفع يده عنه واحياه واتخذ بهما الداخل فقدم
واما رفع جميع الحائط فلا يتطرق اليه شبهة بخلاف الباب واشار الى ما ذكره اخيرا في جامع
المقاصد قائلا في حل كلام له توضيح الثاني ان جعل الباب ادخل عبارة عن رفع بعض الجدار
ورفع جميع الجدار جائز فبعضه اولى ويضعف بان رفع الجميع لا يتطرق اليه شبهة استحقاق
الاستطراق بخلاف جعل الباب ادخل فيل عليه رفع الجميع قد يتطرق اليه شبهة كون الطريق

الادخل

الادخل كله او بعضه داخلا في ملكه قلنا ليس الرفع هو المحصل لمنع الشبهة وهو غير مانع الباب
فانه هو السبب ثم صح بانه لا خفاء في ضعف هذا الاحتمال وهو جيد فالمعتمد هو الاحتمال
الاول على المختار من عدم اشتراك جميع ارباب السكة فيها جميعا واما على القول باشتراكهم
فيها فيحتمل قويا الجواز الرابع صح في كره بان تحويل الميزاب من موضع الى موضع كفتح باب
وسد باب وفيه نظر الخامس صح في س بانه لو اذن اهل الاسفل في ادخال الباب فهل
لاهل الاعلى المنع فيه اشكال من عدم استطراقهم ومن الاحتياج عند ازدحام الدواب في السكة
ثم صح بان الوجه الاخير اقوى وفيه نظر بل الاول اقوى تنبيه لو اخرج بعض اهل الدرب
النافذ روشنا لم يكن لمقابله معارضته كما صح به في يع والارشاد وعد وكره وجامع المقاصد
ولك ومجمع الفائدة والكفاية ولهم وجوه منها الاصل ومنها ظهور الاتفاق عليه كما
يستفاد من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى الخلاف ولا الاشكال في ذلك ومنها ما نبه عليه
في لك وجامع المقاصد من انه لما كان حق الطريق النافذ غير مختص بذي الدور لم يكن للجار
المقابل ولا لغيره الاعتراض على واضع الروشن ومنها ما نبه عليه في مجمع الفائدة من ان الجار
ليس له الا الاستطراق وهو حاصل منه وغيره سواء في عدم جواز المنع وينبغي التنبيه على
امور الاول لا فرق في ذلك بين ان يستوعب ذلك الروشن عرض الدرب او لا كما صح به
في الكتب المذكورة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه الثاني صح في كره وجامع المقاصد ولك بان
ذلك باشتراط عدم تضرر المارة بذلك وهو جيد الثالث قيد الحكم المذكور في جامع المقاصد
ولك والكفاية بما اذا لم يضع شيئا من خشب الروشن على جدار المقابل فلو وضع شيئا منه على
جداره فله المنع وقد نبه عليه في كره ايضا وهو جيد الرابع لو سقط ذلك الروشن فسبق جاره
الى عمل روشن فهل للاول منعه او لا فيه قولان احدهما انه ليس للاول منعه وهو للشرائع
وعد والارشاد وجامع المقاصد ولك والكفاية ولهم ما صح به في لك قائلا في مقام الا
حتجاج على ذلك لان الاول لم يملك الموضع بوضع الروشن فيه وانما اكتسب الاولوية فاذا

نال ذلك كالقعود في المسجد والسوق ونبه على ما ذكره في الشرائع وكره وجامع المقاصد
وثانيهما ان له المنع وقد حكاه في التذكرة عن بعض الشافعية لان الجالس في الطريق المسلوك
الواسع اذا ارتفق بالقعود لمعاملة الناس لا يبطل حقه بمجرد الانتقال عن ذلك الموضع وانما
يبطل بالسفر والاعراض عن الحرفة على ما يأتي فقياسه ان لا يبطل بمجرد الانهدام والهدم بل يعتبر
اعراضه عن ذلك الجناح ورغبته عن اعادته ونحن نمنع الحكم في الاصل ونمنع الاولوية وقد
صار في مجمع الفائدة الى هذا الاحتمال قائلا والذي يخيل الاولوية قول بعض الشافعية اذ لا
شك في حصول الاولوية والاصل بقاؤها ومعلوم زوالها بالاعراض لا غير والظاهر انه ليس
باقل من التحجير ونعم من عقلنا اذا زال التحجير فهل يمكن عدم زوال الاولوية بالمجرد وبالجملة الحكم
ليس بمنصوص ولا مجمعا عليه على الظاهر فليس ببعيد قول بعض الشافعية ولا شك انه
احوط وعندي في الاصل الذي ذكره نظر وتأمل والمسألة محل اشكال ولكن القول
الاول اقوى الا ان الثاني احوط فينبغي مراعاته الخامس صرح في لك بانه لو فرض ان الثاني
اخرب روشن الاول ووضع روشنه لم يكن للاول ان يزيل الثاني وان كان الثاني قد ضمن
ارش الاول واكتسب الاثم لزوال الاولوية وصرح في كره بعدم بقاء الاولوية للاول وجوز ان
ان يجب الثاني الذي هو جاره روشنه وعندي في ذلك اشكال بل احتمال بقاء الاولوية
ح في غاية القوة نعم ما ذكره في لك من ضمان الثاني للارش واكتسابه الاثم بتخريبه روشن
الاول جيد السادس صرح في كره بانه اذا اخرج روشنه الى بعض الدرب كان لمحاذيه اخراج
روشن فيما بقي من الهواء وليس لصاحب الاول منعه ما لم يضع على خشبه شيئا وان اراد
محاذيه ان يخرج روشنا تحت روشن محاذيه جاز ذلك وان اراد ان يخرج روشنا فوق
روشن محاذيه جاز اذا لم يتضرر به بان يكون عاليا ولو اظلم الدرب بوضع الروشن
الثاني زيل خاصة دون الاول لان الضرر انما حصل وان كان لولا الاول لم يحصل وجميع
ما ذكره جيد منها الجدار الذي بين الجارين اذا كان مختصا باحدهما ومملوكا

لخاصته

لخاصته ولم يتداركه الآخر فيه اصلا لم يجز له ان يتصرف فيه مط ولو بوضع جذع عليه بدون
اذن المالك ولا يجب على الجار اجابته على الاذن به وقد نبه على ذلك في الغنية ويع والارشاد وعد
وكره والجامع وس وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة والكفاية ولهم وجوه منها
ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه في لك ومجمع الفائدة وعزاه الى علمائنا اجمع في كره ومنها
ما تمسك به في كره ولك ومجمع الفائدة من النبوي المرسل لا يحل مال امرئ مسلم الا عن
طيب نفس منه ومنها ما تمسك به في الكتب المذكورة انه من قضايا العقل بقبح التصرف
في مال الغير بدون اذنه ومنها ما احتج به في مجمع الفائدة من قولهم الناس مسلطون
على اموالهم وحكى عن بعض العامة القول بجواز وضع الجذع على جدار الجار بدون اذنه
وهو في غاية الضعف وعلى المختار اذا التمس وضع جذعه على حائط جاره لم يجب على
الجار المالك للحائط ولكنه يستحب اما عدم وجوب الاجابة فقد صرح به في الكتب
المذكورة عدا الغنية والجامع بل هو ظاهرهما ايضا فالظاهر انه مما لا خلاف فيه بين
الاصحاب بل نسبه اليهم صريحا في مجمع الفائدة وبعضه قول لك هذا عندنا موضع وفاق
ويدل على ذلك مضافا الى ما ذكر الاصل وان الاجابة لو وجبت فوقها لاشتهر قولا وفعلا
لتوفر الدواعي عليه والتالي بط واما استحباب الاجابة فقد صرح به في الشرائع والارشاد
وعد وكره وس ولك ومجمع الفائدة والكفاية ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه
ومنها ما تمسك به في مجمع الفائدة من العمومات الدالة على استحباب قضاء حوائج
المسلمين ومنها ما استند اليه في كره من انه مما دل على الوصية في حق الجار مثل ما روى عن
النبي ص انه قال ما زال يوصيني جبرئيل ع بالجار حتى كاد ان يظن ان يورثه ومنها ما تمسك به
في كره ولك من النبوي المروي من طرق العامة من كان يؤمن بالله واليوم الآخر
فلا يمنعن جاره ان يضع خشبه على جداره وهو وان كان ظاهرا في الوجوب ولكن
ينبغي حمله على تأكد الاستحباب وقد صرح بتأكد استحباب الاجابة هنا في لك والكفاية

ولا باس به وينبغي التنبيه على امور الاول صرح في التذكرة بانه ليس للجار وضع جذع ولا
على حائط الغير وان كان محتاجا الى الوضع وكان الجار مستغنيا عن الحائط الا باذنه وهو
جيد الثاني صرح فيها ايضا بان الجدار بين الملكين اما ان يكون مختصا بمالك واحد او
يكون مشتركا بين صاحبي الملكين فان كان مختصا بمالك واحد كان له التصرف فيه كيف
شاء بهدم وبناء وغير ذلك وليس للاخر وضع خشبة ولا جذع عليه الا باذن مالكه عند
علمائنا اجمع وجميع ما ذكره من الاحكام جيد وقد صرح بعض الاجلة بانها مما لا خلاف فيها
الثالث اذا كان الجدار مشتركا فلا يجوز وضع خشبة ولا جذع عليه الا باذن الشريك
كما نبه عليه بعض الاصحاب منهل لو اذن مالك الجدار بوضع الخشبة ونحوها عليه
جاز له الرجوع قبل وضع الخشبة ونحوها عليه وقد صرح بذلك في الشرائع والارشاد وكره
وعد ومجمع الفائدة بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه بل صرح بدعوى الاجماع عليه في جع فانه قال
ولو اذن جاز له الرجوع قبل الوضع اجماعا ويعضده اولا قول مجمع الفائدة له ان يرجع عن
الاذن في وضع الخشبة على جداره قبل الوضع بغير خلاف عندنا بل مالم يؤد الى خراب وتضييع
على الماذون له وثانيا قول التذكرة له الرجوع متى شاء قبل الوضع مجانا قطعا وهل يجوز
له الرجوع بعد الوضع وتمام البناء اولا اختلف الاصحاب في ذلك على قولين احدهما انه
يجوز له الرجوع ايضا وهو للشرائع والارشاد وعد ولف وجامع المقاصد ولك والكفاية
وصرح بانه المشهور بين المتاخرين وثانيهما انه لا يجوز له الرجوع ح وهو المحكي في الايضاح
وجامع المقاصد عن الشيخ وابن البراج وحكاه في لك عن الشيخ ومن تبعه وربما يظهر من
مجمع الفائدة المصير اليه ايضا للاولين وجوه منها ان الرجوع كان جائزا قبل الوضع فالاصل
بقاءه بعده ومنها ما تمسك به في لف وكره والايضاح ولك من ان الاذن في الوضع
اعارة للجدار لذلك والاعارة (العارية) من العقود الجائزة التي يجوز للمعير فسخها متى يشاء ومنها
ما تمسك به في جامع المقاصد ولك من ان الاصل جواز تصرف المالك في ملكه كيف شاء

لعموم

لعموم قوله ص الناس مسلطون على اموالهم وللاخرين وجوه ايضا منها ما نبه عليه في لف
والايضاح وجامع المقاصد ولك من ان الاذن اقتضى البقاء والدوام كالاذن في دفن الميت
في الارض وقد نوقش فيما ذكر اولا بان الاذن وان اقتضى الدوام لغة ولكن يمنع من اقتضائه
له شرعا اذ لا ملازمة بين الامرين لا عقلا ولا شرعا وثانيا بما نبه عليه في جامع المقاصد
ولك قائلين والحاقه بالدفن قياس مع الفارق فان تحريم النبش ثابت هنا اتفاقا
دون اخراب البناء وقد يجاب عن كلتا المناقشتين اما عن الاولى فبان الاذن اذا
اقتضى هنا الدوام كان مقتضى عقد العارية ح الدوام فيجب الوفاء به لعموم قوله تعالى اوفوا
بالعقود وقد نبه على ما ذكر في مجمع الفائدة قائلا ويحتمل عدم الجواز وهو مذهب الشيخ
لان العارية في مثل هذا التابيد فكانه قال اعرت بحيث يكون دائما ولا يكون لنا الرجوع فوجب
والتزم بذلك فصار لازما لان المسلمون عند شروطهم ولان الاصل في العقود اللزوم
وخرجت العارية في غير محل النزاع بالاجماع ونحوه وبقي الباقي واما عن الثانية فبان القياس
على الدفن ليس من القياس المستنبط العلة حتى يمنع من اعتباره بل هو من القياس بطريق
الاولوية وتقريبه انه اذا كانت الاعارة للدفن لا يجوز الرجوع فيها مع انه لا يستلزم ترتب
الضرر بوجه على احد لامكان دفن الميت في مكان آخر فيلزم ان يكون الاعارة لوضع الخشبة
للبناء لا يجوز الرجوع فيها بطريق اولى لاستلزام الرجوع فيه الضرر الكثير على المستعير كما
سياتي اليه الاشارة واما ثانيا فالفارق المذكور فلا تصلح للفرق في جميع الصور اذ يمكن فرض الرجوع
من غير استلزام للنبش المحرم كما اذا تحقق النبش من حيوان او مطر او طفل او مجنون او
جاهل بالموضع او غافل ونحو ذلك فتم هذا ويؤيد ما ذكرناه ما نبه عليه في مجمع الفائدة
قائلا مع ان العادة قاضية بان مثل هذه العارية انما تكون للدوام وان احدا لا يرتكب مثل
هذه العارية مع تجويز رجوع مالكها اذا كان مستلزما للخراب كما في العارية للدفن ولا تنفع
الفرق بان النبش حرام فانه قياس لما تقدم ولان الغرض التمثيل والتابيد على انه قد يقال

بالظهور العلة المذكورة ويدفع الفرق بانه على تقدير جواز الرجوع لا يكون النشر بل يكون
هذه من صورة المستثنيات الكثيرة ومنها ما نبه عليه في الايضاح والدروس والمسالك وجامع
الفوائد من ان جواز الرجوع يستلزم قلع بناء ملك المستعير وتخريبه وهو ضرر عظيم وهو
منفي شرعا بقوله لا ضرر ولا ضرار فلا يجوز الرجوع وفيه نظر اما اولا فلما ذكره لا بما نبه عليه ولحق
قائلا والضرر يندفع بدفع الارش اذا السبب فيه الاذن والمباشر ضعيف بالاذن فكان
ضامنا للارش وفيه نظر لان الارش قد لا يتمكن من تحصيله اما لاعسار من يجب عليه
دفعه او لكونه مماطلا قويا لا يقدر عليه او لغير ذلك سلمنا انه باذل لسهولته ومكن فقد لا يكون
الارش جابرا للمضار التي تحمله الباني من صرف الاوقات والاموال وتحمل الكدورات
العظيمة وقد نبه على ما ذكر في مجمع الفائدة بقوله ولان الرجوع يستلزم الضرر ولا اضرار
في الاسلام ولا ينجبر بالارش اذ قد يكون بحيث لو لم يبن الخشبة كان يسهل عليه تحصيل غيرها
بحيث سهل وقد يحتمل بقائه دائما وقد يخرب ملكه وقد لا يوجد من يبني وقد يكون الخرج
زائدا على الاول بكثير ولا يبيعا ضرر ان المنع ايضا ضرر على مالك الخشبة لانه فعل بنفسه من
غير اجبار وثانيا بانه معارض بالمثل لان عدم جواز الرجوع يستلزم منع المالك من التصرف
في ملكه وهو ضرر وقد يترتب عليه ضرر عظيم اخر باعتبار الحوادث المتجددة والامور
المختلفة وثالثا بان المستعير هو الذي ادخل الضرر على نفسه واقدم عليه لعلمه بان الاذن
هنا عارية والعارية يجوز الرجوع فيها وان فرض انه جاهل بذلك فلتركه الاحتياط فقد
ونبه على ما ذكر في الايضاح قائلا في مقام الاحتجاج على القول الاول لان العارية عن لازمه
والتفريط منه ورابعا بانه معارض بعموم قوله الناس مسلطون على اموالهم فتعارض
العمومين من وجه كما لا يخفى واللازم ترجيح هذا العموم اما اولا فلاعتضاده بالاصل المتقدم
اليه الاشارة واما ثانيا فلاعتضاده بما دل على ان الاصل في العارية جواز الرجوع واما
ثالثا فلاعتضاده بالشهرة واما رابعا فلاعتضاده باغلبية ترجيح هذا العموم على عموم

نفي الضرر

نفي الضرر فانهم جوزوا للمالك ان يتصرف في ملكه انحاء التصرفات المشروعة وان تضرر جاره
او غيره بها لا يقال عموم قوله تعالى اوفوا بالعقود يرجح عموم نفي الضرر لانا نقول ما ذكرنا
من وجوه الترجيح اولى مع ان عموم الامر بالوفاء بالعقود معارض هنا بعموم قوله تعالى الا
ان تكون تجارة عن تراض وقوله تعالى وما على المحسنين من سبيل وقوله لا يحل مال
امرئ مسلم الا عن طيب نفسه فتأمل وايضا العموم المذكور لا يشمل محل البحث اذ للمعير
الرجوع قبل وضع الخشبة على الجدار فلا يجب الوفاء بهذا العقد من العارية فيخرج من هنا
العموم واذا خرج منه فلا يدخل فيه ثانيا بعد وضع الخشبة وقد نبه على مثل هذا والدي
العلامة قدس سره امرارا عديدة ولكن لي فيه نظر وقد بيّنه وكيف كان فالاقرب هو القول
الاول من جواز الرجوع وينبغي التنبيه على امور الاول اذا رجع المعير بعد الوضع فهل
يلزمه دفع الارش الى المستعير باعتبار تخريب بنائه او لا بل يرجع مجانا ولا يستحق
المستعير منه شيئا فيه احتمالان احدهما انه يجب على المعير دفع الارش الى المستعير
ح وقد صار اليه في الشرائع وكره والارشاد وعد ولف وجامع المقاصد ولك وثانيهما
انه لا يجب ذلك على المعير بل يرجع وقد صار اليه في مجمع الفائدة على تقدير القول بجواز
الرجوع ولم يرجح في الايضاح وس والكفاية شيئا من الاحتمالين مع اشارتهم اليهما نعم صرح
في الاخير بان الاول احوط للقول الاول وجوه منها ما نبه عليه في لك وجامع المقاصد
من ان في دفع الارش جمعا بين الحقين فيجب وفيه نظر ومنها ما نبه عليه في الكتابين
ايضا من ان البناء المذكور بناء محترم صدر بالاذن فلا يجوز قلعه الا بعد ضمان نقصه
وفيه نظر ومنها ما نبه عليه في الكتابين ولف من ان السبب للاتلاف هو المعير لاذنه
والمباشر ضعيف لانه بامر الشرع وفيه نظر ومنها انه نفع للمستعير فلم يدفع اليه المعير
الارش والاصل عدم الضرر لعموم قوله لا ضرر ولا ضرار وفيه نظر لما تقدم اليه الاشارة
وللقول الثاني وجوه منها ما نبه عليه في لك من ان الاصل براءة ذمة المالك من ثبوت

لانه قائل بعدم جواز الرجوع دائما
لكن قدم المسئلة على التقدير
والفرض ... واحوط

مال الغير على تخليص ملكه منه ومنها ما نبه عليه في الايضاح وجامع المقاصد والمسالك من ان اذن
المعير انما افاد العارية ومن خواص العارية الرجوع متى اراد وعدم ترتب الضمان عليه
وفيه نظر ومنها انه لو وجب على المعير دفع الارش لاشتهر بل وتواتر لعموم البلوى
به والتالي باطل ومنها ان الارش المدفوع ليس من التجارة فلا يجوز اكله لعموم قوله تعالى
لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض والمسئلة في غاية الاشكال
فلا ينبغي فيها ترك الاحتياط وهو يحصل برعاية القول الاول ولكن الثاني في غاية
القوة الثاني لو قلنا بالارش فهل هو عوض ما نقص من الالات بالهدم او تفاوت
ما بين العامر والخراب ~~وجهان مبناهما على ان البناء اذا كان~~ فيه احتمالان اشار اليهما
والجمع بينهما في المسالك فقال لا على تقدير ثبوت الارش فهل هو عوض ما نقصت آلات
الوضع بالهدم او تفاوت ما بين العامر والخراب وجهان مبناهما على ان البناء اذا كان
محترما فهو بهيئته حق لبانيه فيكون جبره بتفاوت ما بين كونه عامرا وخرابا لان ذلك
هو بعض ماليته ومن ان نقص هذه المالية مستند الى ملك صاحب الجدار فلا يضمنه
انما يضمن نقصان مال الغير الذي كان بسببه لانه فوائده والاول اقوى لان جميعه
مال للواضع غايته كونه موضوعا على ملك الغير وذلك للمالك انما اثر جواز النقض
لا المشاركة في المالية وقصارى الحال ما ذهب اليه في جامع المقاصد وفي الدروس اشار
الى الاحتمالين من غير ترجيح وكذا اشار اليهما في مجمع الفائدة ولكنه اختار احتمالا آخر
غيرهما قائلا ويحتمل ثالثا وهو جميع ما اخرجه المالك في المهدوم بسبب اخذ الخشب
بعد وضع قيمة الالات الموجودة منه فيدخل فيه اجرة الاكار وغيرها وهو لا يخلو ويحتمل
حمل الثاني عليه بتكلف فتدبر وهذا الاحتمال الذي نبه عليه احوط بلا ريب بل هو في
غاية القوة الثالث اذا اتفقا على ابقائه بالاجرة فلا اشكال في جوازه كما صرح به في لك
ونبه عليه في كرة الرابع لو انهدم البناء بالمأذون فيه لا باعتبار الرجوع في الاذن بل

باعتبار آخر

باعتبار آخر واريد تجديده فهل يتوقف على تجديد الاذن بالوضع على جدار الغير ثانيا
او لا بل يكفي الاذن السابق المعتمد هو الاخير وقد صرح به في الغنية وتبعه ود وعد وكرة
ولف والجامع وس وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة ولهم وجوه منها ظهور
الاتفاق على ذلك في الجملة كما نبه عليه في كرة ومنها ما نبه عليه في الغنية من ان جواز
اعادته يفتقر الى دليل والاصل ان لا يجوز الا باذن جديد وليس الاذن في الاول اذنا
في الثاني وتوضيح ما ذكره ان الاصل عدم جواز التصرف في ملك الغير الا باذنه لعموم
قوله لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفس منه فيلزم الاقتصار على الوضع الاول
لكونه مأذونا فيه قطعا ولا يجوز الثاني الا باذن جديد لعدم شمول الاذن له وعدم دلالة لفظه
شيء من الدلالات الثلث وقد نبه على ما ذكره في كرة وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة
ومنها ان تمسك به في لف قائلا لنا انها عارية وللمالك الرجوع فيها خصوصا اذا لم يتضرر
المستعير ولا ضرر هنا لان ازالة الجذوع كان سائغا وقد نبه على ما ذكره في لك ايضا وفيه
نظر فتدبر ولا فرق في ذلك بين ان يعيد البناء بالالة الاولى او بالالة الجديدة غيرها كما صرح به في كرة
ولف وس ولك وهو ظاهر اطلاق الغنية والشرايع والارشاد والقواعد والجامع وجامع
المقاصد بل صرح في مجمع الفائدة بدعوى الشهرة عليه وحكى في لف ولك عن الشيخ خلاف
ذلك قائلين قال الشيخ في ط ان اعاده بتلك الالة لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف
عليه وان اعاده بغير تلك الالة كان له منعه وهذا القول الذي حكياه عن الشيخ مع كونه
مخالفا للاحتياط ضعيف اما اولا فلما تقدم اليه الاشارة من ان الاذن بالوضع في الاولة لا يدل
على ثبوته في الثاني من غير فرق بين الصورتين كما لا يخفى واما ثانيا فلان العلامة في كرة
نبه على عدم الخلاف من الامامية في ذلك قائلا فان رفع صاحب الجذوع جذوعه لم يكن
له اعادتها الا باذن جديد لان الاذن الاول زال بزواله وكذا لو اذن في وضع روشن
على حائط او جناح او ساباط وهو احد قولي الشافعية والثاني ان له الوضع عملا باستصحاب

الاذن الاول وكذا لو سقطت الجذوع او الروشن او الساباط او الجناح بنفسه ولو سقط
فبناه صاحبه بتلك الآلة فكذلك لان الاذن الاول لا يتناوله الامر وللشافعية وجهان
ولو بناه بغير تلك الآلة لم يعد الوضع الا باذن جديد عندنا وعند الشافعية قولا وجها
ويؤيد ما ذكره ما نبه عليه في لك قال لا بعد الاشارة الى فعل الشيخ وكثير من الاصحاب لم نجد
هنا خلافا ويمكن ان يكون سببه ان الشيخ كان ذكر اولا في الكتاب انه لو انهدم الحائط او
هدمه المستعير لم يكن له الاعادة الا باذن مستانف ولم يتردد في ذلك فاطرحوا القول
الآخر وهو قول لبعض الشافعية كان القول الآخر لهم نحو الشيخ من الحكمين المختلفين
عن قريب ولا فرق فيما ذكرناه بين كون الموضوع بالاذن خشبا او جناحا او روشنا او
ساباطا او غير ذلك كما نبه عليه في كره ولو فرض دلالة الاذن اولا على الاذن في التجديد
بعموم او اطلاق او خصوص وعطفا بقيد او تضمن او التزام لم يفتقر الى التجديد بالاذن
والظاهر خروج ما ذكر عن اطلاق كلام الاصحاب تنبيه لو صالح من يريد وضع الخشب
على الجدار مالكه جاز وصح وقد صرح بذلك في الشرايع والارشاد وعد وكره وس وجامع
المقاصد ولك ومجمع الفائدة وللحكم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب
المذكورة وثانيهما ما نبه عليه في مجمع الفائدة وغيره من عموم ادلة الصلح واشترط جماعة في ذلك
امور الاول ذكر عدد الخشب وقد صرح بخصوص هذا في الشرايع وعد ونبه عليه في الارشاد
ومجمع الفائدة بقولهما ويشترط تعيين الخشب الثاني ذكر وزن الخشب وقد صرح بخصوص
هذا في الشرايع والارشاد وعد ومجمع الفائدة الثالث ذكر طول الخشب وقد صرح بخصوص
هذا في الارشاد الرابع تعيين المدة وقد صرح بخصوص هذا في عد ولك ومجمع الفائدة الخامس
تعيين المحل الذي يوضع عليه طولا وعرضا وعمقا وقد صرح بخصوص هذا في مجمع الفائدة
وللحكم على ما ذكروه من الشروط ما نبه عليه في مجمع الفائدة بقوله ووجهه دفع الجهالة والغرر
كما اعتبر في غيره وقد اشار الى هذا في لك بقوله انما اعتبر ذكر الطول مع الوزن لاختلاف ضرر

الحائط

الحائط به باختلافه في الطول وان اتفق وزنه وينبغي التنبيه على امور الاول صرح في الدروس ولك
بان الضابط حيث لا يتناهى هذه الوصف بما يرفع الجهالة وهو جيد على القول بفرعية الصلح للبيع والاجارة
كما ذهب اليه بعض الاصحاب وكذا على القول باستقلاله ولكن مع اشتراط صحته بعدم الجهالة واما
على القول بعدم اشتراط رفع الجهالة فيه مطلقا ولو مع التمكن منه كما هو التحقيق فلا وكيف كان
فلا اشكال ان ما ذكروه احوط فلا ينبغي تركه الثاني صرح في جامع المقاصد وفي لك بانه
لو كانت الآلات مشاهدة استغني عن اعتبارها وقد نبه على ما ذكراه في س ومجمع الفائدة
وحكي عن كره وهو جيد الثالث صرح في جامع المقاصد ولك بانه لو وقع الصلح بعد البناء
فلا يعتبر الا تعيين المدة فان البناء لصيرورته الباقي معلوما بخلاف ما اذا لم يتبين اتفاق
الضرر تفاوتا عظيما ولا ضابط يرجع اليه عند الاطلاق وهنا في الخشب ان الاجر واللبن ونحو الحائط
فيكفي فيها العادة وحكى هذا في الاول عن كره وفيها والثاني قائلا نعم لو كان الصلح على البناء
على جانبه نظر زيادة عليه افتقر الى ذكر الطول وسمك اللبن لاختلاف ضرره باختلافهما الرابع
صرح في كره بانه لو صالحه على وضع الجناح او الروشن او الساباط على حائط جاز وهو جيد
الخامس صرح في الدروس ولك بانه لو كان الحائط موقوفا على مصالح عامة بحيث لا يكون لها
على الخصوص كالمسجد وشبهه لم يجز الصلح على البناء عليه ولا الوضع بغير اذن الحاكم قطعا وليس له
الاذن بغير عوض وفي جوازه به ولا ضرر على الموقوف نظرا الى المصلحة بفائدة العوض وعدمه
لانه تصرف في الوقف بغير موضعه وزاد في الثاني قائلا ولانه يثمر شبهة على تطاول الازمان
ثم صرحا بان الاخير وهو عدم الجواز اقوى وهو جيد وفيه نظر فان العمومات الدالة على صحة الصلح
المتقدم اليها الاشارة مرارا تفيد الجواز وهي سليمة عن المعارض فان الوجهين الذين ذكراهما
لا يصلحان للمعارضة اما الاول فللمنع من كلية الكبرى واما الثاني فللمنع من كلية المقدمتين
فاذن احتمال الجواز في غاية القوة ولكن الاحوط الترك تنبيه اذا تداعيا جدارا
بين داريهما مطلقا اعني غير مقيد بوجه يوجب كونه لاحدهما ولا بينة لاحدهما فيحلف

عليه مع نكول الآخر قضى له وان حلفا او نكلا قضى بينهما وقد صرح بجميع ذلك في المبسوط
والشرائع والارشاد وعد وكره ولف والايضاح والمعتبر وجامع المقاصد ولك وضه والكفاية
وصرح بالاخير في الجامع ومجمع الفائدة ولهم وجهان احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد
من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى الخلاف ولا اشكال فيه ذلك بل صرح في لك بوضوح جميع
ذلك ولا ينافي ما ذكر انه حكي في الايضاح ولف عن المبسوط انه صرح بعد الاشارة الى صح
التفصيل المذكور بانه اذا استعملت القرعة على ما ادعي في الامور المشكلة من هذه المسائل كان
وذلك لاحتمال ارادته التقوية بحسب الاصول والقواعد ان لم يجز الفتوى به ولعله لذا لم يحك
المعظم عنه الخلاف في المسئلة مع انه افتى اولا بما عليه المعظم فتم وثانيهما ما نبه عليه في التذكرة
بقوله فيما لحماد بينهما لانه لا اولوية في الحكم دون الآخر وصرح في لف والايضاح بانه لا فرق
هنا مع ثبوت اليد وينبغي التنبيه على امور الاول لا فرق في ذلك بين ان يكون لكل منهما عليه
يدا ولا كما صرح به في لك وهو ظاهر اطلاق ما عداه من الكتب المتقدمة الثاني الظاهر انه
يلحق بالدار غيرها من الاملاك الثالث اذا اقام احدهما بينة فحكم به لمن اقامها كما صرح به في عد
والتذكرة وجامع المقاصد ولك وهو ظاهر المبسوط والشرائع والارشاد والجامع الرابع
نبه في التذكرة الى كيفية الحلف هنا قائلا وان لم يكن لاحدهما بينة حلف كل واحد منهما للآخر
على النصف الذي في يده وحكم به لهما وكذا ان نكلا معا على انها في يدهما وان حلف احدهما ونكل
الآخر اعدنا اليمين على الحالف في النصف الذي في يد صاحبه فان حلف قضي له بالجميع وان
نكل ونكل الآخر فهو لهما هنا اذا حلفا كل واحد منهما على النصف الذي في يده وللشافعي
في الحلف وجهان احدهما ان كل واحد منهما يحلف على النصف الذي سلم له وهو اظهر وجهيه
والثاني انه يحلف كل واحد منهما على الجميع الخ فان حلف الآخر على الجميع حكم للحالف به فيهم
الحماد بينهما لانه لا اولوية في الحكم بل لاحدهما دون الآخر فان نكل الآخر بعد ان حلف الاول
على الجميع حكم للحالف به من غير يمين اخرى ولو حلف الثاني على النصف بعد ان حلف الاول

على الجميع

على الجميع والتمس الحاكم من الثاني ان يحلف على الجميع انتهى احتمل عدم الاعتداد بهذه اليمين حيث
ان طلب الحلف على الجميع يستلزم طلب الحلف على ما اضيف فان قلنا يعتد بها كان النصف
بينهما مع احتمال انه للثاني خاصة وان لم يسئل الحاكم من الثاني الحلف على الجميع فقال انا لا احلف
الا على النصف كان في الحقيقة متبرعا للنصف منهل اذا تداعيا جدارا بين دارين
وكان متصلا ببناء احدهما فهل القول قوله مع فقد البينة او لا صرح بالاول في الشرائع والارشاد
وعد ولف وكره وس د والمعتبر والجامع وجامع المقاصد وضه ولك ومجمع الفائدة والكفاية
وحكاه في لف عن المبسوط الا انه صرح بانه صرح اخيرا بانه اذا استعملت القرعة على ما ادى
في الامور المشكل من هذه المسائل كان قويا وقد نبه في ثانيهما اولا بانه مخالف لمذهب المعظم
بل لا يبعد دعوى ظهور الاتفاق عليه كان الظ موافقة الشيخ للمعظم وان قوى احتمال القرعة
سلمنا مخالفة الشيخ ولكنه شاذ ولم نجد له موافقا فلا يمكن المصير اليه فتم وثانيا انه معارض
بما احتج به في لك على قول المعظم ونبه عليه في الدروس وجامع المقاصد من ان من يكون
بناؤه متصلا يصير بذلك صاحب يد فيلزم تقديم قوله ولعله الى هذا اشار في التذكرة بقوله
لان ذلك ظاهر يشهد له وعندي في هذا الوجه نظر ولكن ما عليه المعظم هو الاقرب وينبغي
التنبيه على امور الاول انما يقدم قوله بيمينه مطلقا كما صرح به في المبسوط والشرائع وعد وكره
والجامع والمعتبر والدروس وجامع المقاصد ولك والكفاية بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه الثاني
اذا كان لخصمه بينة على صحة دعواه قدم قوله كما نبه عليه في عد والجامع والدروس وجامع المقاصد
ولك بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه الثالث اطلاق الشرائع والارشاد وعد والمعتبر والجامع
الاتصال ولكن صرح في الدروس وجامع المقاصد وضه ولك ومجمع الفائدة والكفاية بان المراد به
الاتصال على وجه الترصيف وهو تداخل الاحجار على وجه يبعد كونه محدثا بعد وضع الحائط وربما
اشار الى هذا في ط وكره بقولهما ان كان متصلا ببناء احدهما اتصال البناء لا يمكن احداثه بعد
قدم قوله الرابع اذا كان الجدار المتنازع فيه متصلا ببناء كل منهما فحكمه حكم الجدار الذي لم يتصل

بناء احدهما وقد تقدم اليه الاشارة وقد نبه على ما ذكرناه في التذكرة والقواعد والعمد
والدروس وجامع المقاصد وذلك وشرحه ومجمع الفائدة والكفاية بل الظاهر انه مما
لا خلاف فيه وهل لزيادة الاتصال وكثرتها تاثير في الحكم اولا فيه اشكال ولم اجد لاحد
نبه على ما ذكر **مسئلة** اذا تداعيا جدارا بين داريهما وكان لاحدهما عليه جذع
فهل يحكم به لصاحب الجذع ويكون القول قوله او لا فلا يكون لوضع الجذع على
الجدار اعتبار اصلا اختلف الاصحاب في ذلك على قولين الاول ان القول قول
صاحب الجذع ويقضى بالجدار له وهو للشرائع والقواعد والتذكرة والجامع والدروس
واللمعة وشرحه وحكاه في لف عن والده وفي غيره عن ابن ادريس وصح في الكفاية بانه الاشهر
الثاني ان وضع الجذع على الجدار لا يكون سببا للترجيح وهو المحكي في لف عن الخلاف وط
للقول الاول وجوه منها ما تمسك به في لف قائلا لنا انه متصرف فيه وله عليه يد دون
الاخر فيحكم مع عدم البينة له بعد اليمين ونبه على هذا في التذكرة بقوله والوجه عندي الحكم
به لصاحب الجذع لما تقدم من دلالة الاختصاص بالتصرف على الاختصاص بالملكية وقد
يناقش اولا فيما ذكره بانه انما يتجه في بعض صور المسئلة وهو ما اذا ثبت كون الواضع
للجذع على الجدار هو صاحب الجذع او من امره بالوضع واما اذا لم يثبت ذلك واحتمل كون
الواضع غيره او علم به فلا فالدليل اخص من المدعى الا ان يجاب بانه اذا تم الدليل في بعض
صور المسئلة لزم الحاق المشكوك به وان لم يجر الدليل فيه لظهور عدم القائل بالفصل بين
الصور كما لا يخفى وثانيا بان وضع صاحب الجذع جذعه على الجدار وان كان تصرفا فيه ولكن
لا نسلم ان هذا التصرف دليل على الملكية وذلك انا لا ان كون التصرف دليلا على الملكية على خلاف
الاصل حيث لم يفد القطع بها فيلزم الاقتصار فيه على موضع الوفاق لعدم وجود ما يدل
من الشرع بعمومه او اطلاقه وتصريحه على ان كل تصرف دليل الملك شرعا ومن الظاهر ان محل
البحث ليس من محل الوفاق لما عرفت من المخالف الا ان يجاب عنه بان كونه الاصل في التصرف

افادة

افادة الملك متفق عليه ومعول به في اكثر الموارد والخلاف هنا ليس مبنيا على منع الاصل المذكور بل على
وجود المخصص له وحيث لم يثبت لنا لزم دفعه بالاصل والاخذ بما ذكرناه من الاصل ومع هذا
فالمخالف شاذ فلا عبرة به فتامل وثالثا بان التصرف الذي يفيد الملكية هو الذي لم يقترن بما يدل على
عدمها من الاقرار ونحوه وهو هنا غير معلوم لاحتمال كون التصرف المفروض حين وجوده مقرونا
بما يدل على عدم الملكية وعدم العلم بالاقتران حين الدعوى لا يستلزم عدمه حينئذ لوجود واصالة
عدم معارضه باصالة عدم الحكم بالاختصاص التصرف المذكور الا ان يرجح الاول بالشهرة العظيمة
وثالثا بان التصرف المفروض وان سلم دلالته على الملكية ولكنه بما يدل على اشتراك المتداعيين
في الجدار وهو كونه بين داريهما الظاهر فانه في ايديهما كما نبه عليه الشيخ فيما حكى عنه الا ان يجاب
بالمنع من دلالة ما ذكر على الاشتراك كما نبه عليه بعض الاصحاب وسيأتي اليه الاشارة ومنها
ما نبه عليه في التذكرة قائلا ولانهما لو تنازعا الحائط وثبت بالبينة لاحدهما حكم له بالاساس
لانه صار صاحب يد فيه فاذا اقتضى الجدار على الاساس الترجيح في الاساس وجب ان يقتضي
الجذوع على الجدار الترجيح في الجدار وفيما ذكره نظر ومنها انه لو حكم بكون الجدار لغير
صاحب الجذع لوجب على صاحبه رفعه حيث يامره به صاحب المنازع له والتالي باطل فالمقدم
مثله اما الملازمة فظاهرة واما بطلان التالي فلان الاصل براءة الذمة من وجوب ذلك
فتم ومنها الشهرة العظيمة التي يبعد معها دعوى شذوذ المخالف بل الظاهر اتفاق من
عداه من متاخري الاصحاب على خلافه فتم وللقول الثاني وجوه ايضا منها الاصل وقد يجاب
عنه بانه قاعد بدليل القول الاول ومنها عموم قوله ص القرعة لكل امر مشكل وقد يجاب عنه
بلزوم تخصيصه بدليل القول الاول او بقيام الحجة به فيقع الاشكال فيه فيقع التعارض بينهما
فتم ومنها ما نبه عليه في لف قائلا احتج الشيخ بقوله ع البينة على المدعي واليمين على من انكر
المدعى عليه ولم يفرق فيه نظر كما نبه عليه في لف قائلا الجواب انا نقول بموجب الحديث
فان اليمين هنا على المدعى عليه وهو صاحب الجذوع لانه متصرف وذو يد فالقول قوله مع اليمين

وعلى الآخر البينة ومنها ما نبه عليه في لف قائلا احتج الشيخ بان هذا الحائط قبل طرح الجذوع
كان بينهما نصفين بلا خلاف فمن قال بطرح الجذوع تغير الحكم فعليه الدلالة بل يقال لصاحب
الجذوع اقم البينة على انك وضعت هذه الجذوع فيه بحق فان اقامها والا كان على حاله
قبل وضعها فيه فان وضع الجذوع يجوز ان يكون عارية لان في الناس من يوجب اعارة ذلك
وهو مالك فانه قال يجبر على ذلك لقوله لا يمنعن احدكم جاره ان يضع خشبة على جداره
وفيه نظر كما نبه عليه في لف قائلا والجواب ان التنصيف ثابت مع عدم التصرف لتساوي نسبتهما
اليه كما لو تداعيا عينا في يديهما اذ يد كل منهما لا يعترف لاحدهما فانهما يتساويان في الدعوى
لعدم اليد ولثبوتها لهما اما في صورة النزاع فان يد احدهما ثابتة عليه فكان قوله مقدما
والاصل وضع الجذوع بحق فلا يبطل لصاحبها الا بقيام البينة على خلافه الى ان يثبت الاخر عدمه
والاصل عدم العارية والتخريج على المذهب الفاسد فاسد ومنها ما حكاه في الدروس
ذلك عن الشيخ قائلين القول بعدم الفضيلة بذلك للشيخ محتجا بان كون الجدار بين البادي
دلالة ظاهرة على انه في ايديهما ووضع الجذوع اختصاص بزيد انتفاع كاختصاص احد
الساكنين بزيادة الامتعة وضعف في الثاني بمنع دلالة كونه بينهما على انه في ايديهما
اذ لم يتصل البيت بتصرف بوجه من الوجوه الثابت بعد وجه في وضع الجذع يفيد اليد للواضع وبقي
الاخر خاليا او يكون حكم الجذع حكم ما سلف من المرجحات ولو جامعها اعتبرنا ما فصلناه
فاذن الاقرب هو القول الاول وان كانت المسألة لا تخلو عن اشكال وينبغي التنبيه على
امور الاول لا فرق في الجذع بين المتحد والمتعدد كما صرح به في الكفاية والمحكي عن الخلاف
فظ وهو ظاهر القواعد واللمعة والدروس وضه وربما يستفاد من يع ولف والجامع
اختصاص الحكم بالاخير لاقتضاء ظاهر الجذوع وهو ضعيف بل المعتمد هو الاول وقد
صار اليه في التذكرة قائلا لا فرق بين الجذع الواحد وما زاد عليه عند عامة اهل العلم
في الدلالة على الاختصاص والمنع منها ودفع مالك بالجذع الواحد كقولنا وفرقا ابو حنيفة

انه لوضع الجذوع عليه يرجح بها الدعوى
حين ان الرابع بخلاف الجذع الواحد
لان الحائط

بين الجذع الواحد والجذعين فما زاد فرجح بما زاد على الواحد لان الحائط لا يبنى له في العادة وهو
ممنوع لان الوضع تبع الحاجة وقد تدعو الى وضع الواحد وانما استدللنا باختصاص التصرف
وهو ثابت في الواحد كثبوته في الاثنين الثاني انما الحكم على المختار لصاحب الجذوع بيمينه
لا مط وقد نبه عليه في يع ولف والجامع وس وضه والكفاية بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه
الثالث اذا اقام غير صاحب الجذوع البينة على صدق دعواه قبلت وكان القول قوله كما
صرح به في لف ونبه عليه في الجامع والدروس بل الظاهر انه مما لا خلاف فيه الرابع اذا حصل الظن
بكذب صاحب الجذوع بسبب من الاسباب الخارجية فهل يقدم قوله ح ايضا او لا فيه اشكال
من اطلاق كلام الاصحاب القائلين بتقديم قوله ومن الاصل وامكان دعوى انصراف الاطلاق
الى غير الصورة وفيه نظر بل الاحتمال الاول في غاية القوة الخامس اذا كان لاحدهما على الجدار
المتنازع فيه قبة او غرفة او سترة فالقول قوله مع يمينه مع فقد البينة كما اذا كان له عليه
جذع وقد صرح بذلك في القواعد والجامع والدروس والروضة ولك وجامع المقاصد
ومجمع الفائدة والكفاية واحتج عليه فيها وفي ضه ولك بانه يصير بجميع ذلك صاحب يد
وقد نبه عليه في س وكذا نبه عليه في التذكرة قائلا اذا لم يكن الحائط متصلا ببناء احدهما
او كان متصلا بهما معا وكان لاحدهما عليه بناء كحائط مبني عليه ويعتمد عليه وتداعيا
حكم به لصاحب البناء لان وضع البناء عليه وهو نوع من التصرف فاشبه الحمل على الدابة
والزرع في الارض ولان الظاهر ان الانسان لا يمكن غيره من البناء على حائطه وكذا لو كان له
سترة على الحائط تحكم للتصرف الدال بالظاهر على الملك السادس اذا كان الجدار في
ارض احدهما فهل يحكم له بانه يتصل فعله وفيه اشكال لكنه لا يخلو عن قوة وكيف كان
فمراعاة الاحتياط اولى السابع اذا تعارضت المرجحات المذكورة كما اذا كان لاحدهما
جذوع على الجدار وكان هو متصلا بجداره والاخر اتصال ترصيف ففيه احتمالات احدها
تقديم قول من يكون وجوه الترجيح منها اكثر ولم اجد به قائلا وثانيها استعمال القرعة و

وثانيهما انه يقسم الجدار بينهما لو نكلا عن الحلف او حلفا معاً وقد ذهب في لك قائلا لو كان
واحدة والباقي مع الآخر فاليد لهما اذ لا اثر لزيادة اليد في الترجيح فيحلفان ويقسم بينهما
كما يقسم بينهما ما صار اليه في ضمائمه وفيما ذكره نظر لاحتمال الترجيح بكثرة المرجحات في
غاية القوة نعم ان تفاوت كان ما ذكره جيداً الثامن لا يرجح دعوى احدهما بالخوارج التي
في الحيطان كما صرح به في الشرائع والارشاد وعد وكره واللمعة وجامع المقاصد ولك وضه
ومجمع الفائدة والكفاية ولهم وجهان احدهما ظهوره لا اتفاق عليه وثانيهما ما علل به
في لك وضه من امكان احداثها من جهة واضعها من غير شعور صاحب الجدار ونبه
عليه في مجمع الفائدة بقوله فانه قد يحصل هذا في ملك الغير كثيرا باذنه وغيره فتامل فيه
وفسرت الخوارج في التذكرة والقواعد وجامع المقاصد ولك وضه ومجمع الفائدة بكل ما
خرج عن وجه الحائط من نقش ووتد ورف والنقوش والكتابات المتخذة في ظاهر الجدار
للبنات او جص او آجر او خشب وصرح في الدروس بانه لا عبرة بالكتابة والترويق
وكما لا يرجح دعوى احدهما بالخوارج كذلك لا يرجح بالدواخل وقد نص عليه في التذكرة و
القواعد وجامع المقاصد ولك والكفاية وصرح في الاول بانها عبارة من الطاقات
والمحاريب التي في باطن الجدار وعد منها في لك والكفاية والطاقات الغير النافذة والكفاية
تعد منها الروازن وقد صرح بانها لا توجب الترجيح في الشرائع والارشاد وعد والدروس
ولك وضه ومجمع الفائدة واحتج عليه في ضه ولك بامكان احداثها من جهة واضعها
من غير شعور الآخر ونبه عليه في مجمع الفائدة بقوله بانه قد يحصل هذا في ملك الغير
كثيرا باذنه وغيره وصرح في عد بان الشبابيك لا تفيد الترجيح التاسع صرح في الارشاد
بعد الاشارة الى عدم العبرة بالخوارج بانه يحكم في هذه الصورة مع عدم البينة لمن حلف
وبانه لو حلفا او نكلا فهو لهما وهو جيد وقد صرح به في مجمع الفائدة وقد احتمل فيه
القرعة ولكن لم يفت قائلا ويحتمل القرعة وكان الاول اعدل لعدم الاشكال عند الفقيه

لامكان

لامكان قطع نزاعهم بالشركة من غير لزوم محذور ثم القرعة انما يكون فيما اشكل عنده فتامل
العاشر صرح في التذكرة بان كل من قضي له بالحائط اما بالبينة او اليمين او شاهد
الحال فانه يحكم بالاس الذي تحته وهو جيد ونبه عليه في الدروس ايضا الحادي عشر
صرح في كره بانه لو كان لاحدهما جذع مبنياً على رأس الجدار مرجح به لانه تصرف من صاحب الجدار
فيقضى له بملكيته الثاني عشر صرح في الدروس بانه لو بني الجدار على جذع داخل طرفه
في بناء احدهما فقوي الترجيح به نظرا الى انه كالاس وكالجزء ثم صرح بانه لو اتفقا على ملكية
الجذع لصاحب الجدار المرجح فيه فاحتمال اختصاصه قوي الثالث عشر لم اجد احدا
من الاصحاب نبه هنا على اعتبار قول اهل الخبرة الرابع عشر صرح في يع بان السناء
ما بين الملكين حكم الجدار **منهل** لو اختلفا في خص قد يقضى به لمن اليه معاقد
القمط وهو للنهاية والغنية والشرائع وكره واللمعة وجامع المقاصد ومجمع الفائدة والرياض
وصرح فيه وفي الدروس والتنقيح والروضة ومجمع الفائدة كما عن لك بانه المشهور بين
الاصحاب الثاني انه لا يقضي بذلك بل يكون حكمه حكم الجدار بين اثنين وهو للايضاح
والمحكي في الرياض عن الصيمري وفي التنقيح عن السعيد بل حكاه عن المتأخرين في المهذب البارع
قائلا والذي عليه المتأخرون انه لا ترجيح بذلك بل يكون حكمه حكم الجدار بين اثنين ولم يرجح
شيئا من القولين في القواعد والجامع والدروس والتنقيح والمهذب البارع ولك وضه
وفي النافع افتى اولا بما عليه الاكثر الا انه قال في اخر مسئلته بحيث يظهر منه التوقف
للاولين وجوه منها ما نبه عليه في النهاية والنافع وكره والايضاح والتنقيح والمهذب
البارع وجامع المقاصد ولك وغيرها من الرواية التي رواها في الفقيه باسناده عن عمرو
بن شمر عن جابر عن ابيه عن جده عليهم السلام عن علي صلوات الله وسلامه عليه انه قضى في رجلين
اختصما في خص فقال ان الخص للذي اليه القمط لا يقال هذه الرواية ضعيفة السند فلا
يجوز الاعتماد عليها اما الاول فلما نبه عليه في النافع بقوله هي رواية عمرو بن شمر عن جابر وفي

عمر ضعيف ويعضد ما ذكره اولا قول الشيخ قال المصنف في عمر ضعيف وفي ذلك لقول الغضائري
انه ضعيف جدا زاد في كتاب رجاله بعضها ينسبه اليه والامر ملتبس وقال ابن الغضائري
انه ضعيف ولم يتبين وجه ضعفه وثانيا قول الرياض وفي عمر ضعف نص جماعة من
اهل الرجال كالنجاشي وغيره وثالثا تصريح لك ومجمع الفائدة بضعف طريق هذه الرواية
واما الثاني فلما تقرر في الاصول من عدم جواز الاعتماد على الروايات الضعيفة لانا
نقول ضعف الطريق هنا لانجباره بالشهرة كما نص عليه في الرياض قائلا وفي عمر وان غير نادر م
كان ضعيفا الا انه مجبور بالشهرة العظيمة والاجماعات المنقولة التي كادت تكون محققة
لعدم مخالف في الرواية صريحا بل ولا ظاهرا عدا الماتن هنا والشهيد الثاني والصيمري مع
ان ظاهر الاولين التردد لا المخالفة ومنه يظهر ما في المهذب من نسبة المخالفة الى الفاضلين
كافة كيف وعمدة المتاخرين الفاضلان والشهيدان وقد افتوا ما عدا الشهيد الثاني
في يع ولاد وشاد وعد وس بالرواية ويعضد ما ذكره قول لك والطريق ضعيف الا ان
الاصحاب تلقوها بالقبول ومنها ما نبه عليه بعض الاجلة قائلا روى ثقة الاسلام والشيخ
عن منصور بن حازم في الصحيح عن ابي عبد الله عليه السلام قال سألته عن خص بين دارين
فزعم ان عليا عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذي من قبله وجه القماط وروى في يه بسنده
اخرى في الصحيح او الحسن عن منصور بن حازم مثله الا انه قال عن حظيرة عوض خص ورواه
يب باسناده عن منصور بن حازم مثله الا ان فيه فذكر عوض فزعم ونبه على هذه الرواية
في النافع والتذكرة ومجمع الفائدة وصرح فيه بانها مروية بطريق صحيح وبطريق حسن
وصرح بعضها في الرياض ايضا ومنها ما نبه عليه في الغنية قائلا ويحتج المخالف بما روي
من طرقهم من ان رسول الله صلى الله عليه وآله بعث عبد الله اليماني ليحكم بين قوم اختصموا
في خص فحكم به لمن اليه القمط فلما رجع اليه ص اخبره بذلك فقال اصبت واحسنت
اشار الى هذه الرواية في التذكرة ولك ومجمع الفائدة لا يقال هذه الرواية والروايات

السابعة

السابعة لا تنهض باثبات هذا القول وان صح سندها لان ما تضمنته قضية في واقعة
فتكون مجملة والمجمل لا يصح التمسك به هنا وقد نبه على هذا في النافع بعد الاشارة
الى رواية منصور بن حازم قائلا وهي قضية في واقعة وكذا نبه عليه في المهذب البارع قائلا
والرواية واقعة فلا تتعدى لاحتمال اطلاعه على ما اوجب الحكم في تلك الواقعة فيبقى غيرها
على الاصول المقررة لانا نقول هذا الايراد مندفع بما نبه عليه في الرياض قائلا بعد الاشارة
الى روايتي عمرو ومنصور وهي وان كانت قضية في واقعة لعله عليه السلام عرفها فاجرى الحكم
بمقتضاها فلا تتعدى الى غيرها الا ان ظاهر السؤال في صدر الرواية والجواب عنه بعد
نقل القضاء عنه ع في الواقعة يقتضي عدم اختصاصه بها بل عمومه لكل واقعة والا لكان
السؤال سكوتا عن جوابه بالمرة وفيه تاخير البيان عن وقت الحاجة ولا ريب في قبحه ولا
شبهة وبالجملة فلا وجه للمناقشة في الروايتين سندا ودلالة ولعل لما ذكره نبه على دلالة
الروايات المذكورة على هذا القول في الغنية ويع وعد وكرة وس ومجمع الفائدة ولكن
قد يقال ان ما ذكره لا يتجه الا في رواية منصور وهو فيها غير تام ايضا لان الراوي بعد
السؤال لم ينقل كلام المعصوم ع في مقام جواب سؤاله حتى يعرف منه حقيقة الحال
وقوله فزعم انه لا يدل على انه في مقام الجواب فتم وبالجملة دلالة الروايات المذكورة على
المدعى لا تخلو عن الاشكال الا ان يدفع بفهم الاكثر منها الدلالة او بان الاصل عدم اطلاع
المعصوم ع على الواقعة وفي كليهما نظر فان سلمنا دلالتهما على المدعى فلا يمكن المناقشة
فيهما لمخالفتهما للقاعدة كما نبه عليه قائلا بعد ما حكيناه عنه سابقا ثم ربما يمكن المناقشة
فيهما بمخالفتهما القواعد الاصول المقررة في نحو المسألة ويمكن الذب عنها ايضا بان
المخالفة ليست مخالفة تضاد بل مخالفة عموم وخصوص من وجه ومثلها بالتخصيص
يمكن بعد التكافؤ الحاصل هنا بصحة سند الخاص وتعدده ومخالفته العامة كما يستفاد
من الغنية ومنها انه صرح في الغنية بدعوى الاجماع على ذلك قائلا ويحكم بالخص لمن اليه

معاقد القمط بدليل اجماع الطائفة وبعضهم او لا تضيع التذكرة بنسبة ذلك الى علمائنا
قائلا لو كان الحائط بين الدارين او السطحين خصا فتنازعا فيه حكم علمائنا انه يحكم به لمن
اليه معاقد القمط وثانيها الشهرة المنقولة في كلام جماعة وثالثها ما نبه عليه في الرياض قائلا
ربما يشعر عبارة لك بالاجماع عليه وحكي عن كره ايضا وبه صرح في فوائد هذا الكتاب من
السرائر وفي كتاب الصلح من الغنية ومنها ما نبه عليه في التذكرة وجامع المقاصد قائلين
وجه الترجيح مع الروايات الظاهرات ان من كان اليه المعاقد وقعت في ملكه وعقده ونبه
على ما ذكراه في مجمع الفائدة بقوله يشير الى هذا القول ودليله العرف والعادة بانه هكذا
يفعل فانه يدل على ان الذي صنعه وعقده كان واقعا في ملكه ويؤيده الشهرة والرواية
عمرو بن شمر وسنده وما فيه عن العامة فهي تدل على اعتبار القرائن وللاخرين ما نبه عليه
في الروضة والمهذب البارع ومجمع الفائدة والرياض من الاصل والقاعدة ونبه على ذلك
في الايضاح بقوله الاصح انه لا ترجيح بذلك لعدم الدلالة عليه بل حكمه حكم الجدار بين اثنين
وقد يجاب عما ذكر بعدم مقاومته لادلة القول الاول وهو الاقرب وينبغي التنبيه على
امور الاول هل يرجح بمعاقد القمط حيث يكون الظاهر خلافه اولا بل يرجح بها مطلقا
ظاهر اطلاق العبائر المصرحة بالترجيح بها الثاني كما نبه عليه في الرياض بقوله وربما يخص
العمل بالرواية بما اذا اقتضت العادة كون وقوع وجه القماط الى جانب من قد يشير على ملكية
الخص لصاحبه ولكن الفتاوى مطلقة الا ان تنزيلها على ذلك غير بعيد ويظهر مما ذكره
المصير الى الاحتمال الاول وهو في غاية القوة الثاني صرح في الرياض بانه ينبغي تخصيص
الحكم بمورد الرواية من الخص دون غيره وان حصل فيه نحو معاقد القمط وشهد ذلك
بكونه قد شيد على الملكية لجهة فان غايته ذلك الظهور ولا تخصص به الاصول بل يرجح هي عليه
حيث لم يقم على العكس دليل كما فيما نحن فيه على ما هو المفروض وما ذكره في غاية الجودة
الثالث صرح الشيخ في النهاية وابن فهد في المهذب البارع بان الخص هو الطن الذي

يكون

يكون في السواد بين الدور وحكى هذا في التذكرة وغيرها عن ابن بابويه ونبه على ذلك في مجمع الفائدة
ايضا قائلا الخص الجدار من القصب لكن صرح في جه ولك بان الخص بالضم هو البيت الذي يعمل
من القصب وثانها الاول ونحوه ما اشار الى هذا التفسير في مجمع البحرين بقوله الخص بالضم والتشديد
البيت من القصب والجمع اخصاص مثل قفل واقفال ومنه الحديث الخص لمن اليه القمط و
هكذا هذا التفسير في الشرح عن الجوهري وفي جامع المقاصد عن الهروي الرابع حكي في جامع المقاصد
تفسير القمط عن جماعة قائلا قال في كره ومعاقد القمط يكون في الجدران المتخذة من القصب
وشبهه واغلب ما يكون ذلك في السواد بين السطوح فيشد بحبال او خيوط وربما جعل عليها
خشبة معترضة ويكون العقد في جانب والوجه المستوي في جانب وفي القاموس القمط بالكسر
حبل يشد به الاخصاص وفي نهاية ابن الاثير القمط جمع قماط وهي الشرط التي يشد بها الخص
ويوثق من ليف او خوص او غيرهما ومعاقد القمط تلي صاحب الخص وقال الجوهري القمط بالكسر
كانه عبارة واحدة هذا آخر كلام ابن الاثير ومثله ذكر الزمخشري في الفائق وصرح الشيخ في
النهاية وابن فهد في المهذب البارع بان القمط هو الحبل وفي الغنية بان القمط هي شداد الخوص
في القصب وفي جه ولك والرياض بان القمط بالكسر حبل يشد به الخص وبالضم جمع قماط و
هي شداد الخص من ليف وخوص وغيرهما ونبه على ما ذكروه في مجمع الفائدة بقوله القمط ما يشد
به الخص من ليف او خوص او غيرهما وحكي في التذكرة عن ابن بابويه انه صرح بان القمط هو شد الحبل

اذا كان الحائط مشتركا فلا يجوز للشريك التصرف فيه بادخال الخشبة فيه
بدون اذن شريكه كما صرح به في الغنية ويع والارشاد وعد وكره وجامع المقاصد ولك
ومجمع الفائدة وكذا لا يجوز التصرف فيه ببناء ولا تسقيف ونبه عليه فيما عدا الغنية من الكتب
وكذا نبه عليه في الجامع ايضا بل صرح في التذكرة بانه لا يجوز التصرف فيه بشيء من وجوه الانتفاعات
حتى ضرب الوتد فيه وفتح الكوة بل عاخففا قل ما يكون من تراب ليترب به الكتاب بدون اذن
جميع الشركاء وفيه نظر سواء كان وضع جذوع عليه اولا وهو مقتضى الارشاد وعد وغيرهما

المشترك

ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها عموم الادلة الدالة على حرمة التصرف في المال
بدون اذن الشريك وقد نبه على هذا في الغنية وكره وجامع المقاصد ولك وكذا انبه عليه
في مجمع الفائدة قائلا وجه تحريم تصرف الشريك في الجدار المشترك وغيره بغير اذن شريكه
ظاهر من العقل والنقل وينبغي التنبيه على امور الاول لا فرق في ذلك بين كون التصرف
مضرا بالشريك او لا الثاني صرح في التذكرة والدروس وجامع المقاصد ولك ومجمع الفائدة
بجواز الاستناد الى الحائط المذكور واسناد المتاع اليه اذا لم يتضرر الحائط بذلك وهو
المعتمد ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها ما نبه عليه في التذكرة وجامع المقاصد
من انه بمنزلة الاستضاءة بسراج الغير والاستظلال بجداره ومنها ما نبه عليه في س قائلا
الجدار المشترك يجوز الانتفاع بالاستناد اليه والاستظلال به للشركاء ولغيرهم وكذا
بالجدار المختص عملا بشاهد الحال ومنها ما نبه عليه في مجمع الفائدة قائلا بل يمكن جواز الاسناد
مع ابيه مع المنع وعدم جواز المنع اذ لا يسمى هذا تصرفا عرفا بحيث يوجد دليل لمنعه من العقل
والنقل والاصل وعموم ما يدل على جواز الانتفاعات بالمباحات الا ما اخرجه الدليل مؤيدا
لانه كالاستظلال والاستضاءة وكانه لذلك استقرب في س عدم المنع على ما نقل في
مع مع معللا بانتفاء الضرر وان كان في كونه منع والاحتياط معلوم ومنها انه لو لم
يكن جائزا لاشتهر وتواتر لتوفر الدواعي عليه وشدة الحاجة اليه والتالي بط ومنها
عمل المسلمين قديما وحديثا كما لا يخفى ومنها ان ذلك لو كان ممنوعا منه للزم الحرج العظيم
كما لا يخفى والتالي بط للعمومات الدالة على نفي الحرج ومنها عموم قوله ع الناس مسلطون على
اموالهم وهو وان كان معارضا بعموم ما دل على عدم جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه
من نحو قوله تعالى ولا تأكلوا اموالكم الآية وقوله ع لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفس منه
الا ان التعارض هنا من قبيل تعارض العمومين من وجه فالترجيح مع الاول لاعتضاده بالشهرة
وغيرها مما تقدم اليه الاشارة مضافا الى امكان منع شمول الاخير لمحل البحث فتامل

لا يقال

لا يقال غاية ما يستفاد من عموم السلطنة جواز التصرف في ملكه وهو هنا مسلم وليس فيه
دلالة على جواز التصرف في ملك الغير فلا تعارض بين العمومات المذكورة هنا لانا نقول
التصرف في ملكه هنا متوقف على التصرف في ملك الغير فاذا نص على جواز الاول دل على جواز
الثاني بالمفهوم والدلالة الالتزامية عرفا فتامل الثالث يمكن ان يلحق بالاستناد والاسناد في الجواز
ما هو مثلهما او دونهما كمسح اليد ونشر الثوب ومما لا يقع المضايقة فيه عادة وقد نبه
على هذا في كره بقوله يجوز الانتفاع منه بل ومن جدار الغير بما لا يقع المضايقة فيه كالاستناد
والاسناد لانه بمنزلة الاستظلال بجدار الغير والاستضاءة بسراجه وعلى هذا يحتمل قويا
جواز اخذ التراب لا تراب الكتابة وقد نبه عليه في مجمع الفائدة بقوله بل يمكن جواز اخذ
اقل ما يكون من تراب لقضاء العادة بعدم المضايقة فيه مثل الاستناد بل يمكن ان يتصور
الضرر في الاستناد دونه وينبغي ذلك مما تقدم مع دليله ودليل ما اشار اليه ويؤيده
انهم يجوزون الصلوة ونحوها في ملك الغير باذن الفحوى فافهم والاحتياط وربما يستفاد مما
ذكره في الغنية اقتصارها في منع الشريك من التصرف في الجدار المشترك على ادخال الخشبة
الخفيفة ومن الشرائع ايضا اقتصاره في ذلك على البناء والتسقيف وادخال الخشبة والوتد
لكن اطلق في الارشاد والقواعد المنع من التصرف في المشترك الا بالاذن من غير استثناء
شيء وهو احوط كما نبه عليه في مجمع الفائدة ولكن الاقرب ما بيناه وكيف كان فلا اشكال
في جواز الاستظلال بالجدار المفروض للاصل مع عدم صدق التصرف في ملك الغير والسيرة
ونحو ذلك والظاهر انه مما لا خلاف فيه ويمكن الحاق الجدار المختص بالغير بالجدار المشترك
في جواز التصرفات التي تقدم الاشارة الى جوازها في المشترك من الاستناد والاسناد ونحوهما
وقد نبه عليه في الحلبة في التذكرة وس ولا فرق في الشريك والمالك الذي لا شريك له بين
ان يكون كبيرا عاقلا حاضرا غير مولى عليه او صغيرا او مجنونا او مولى عليه او غائبا
او مخالفا او كافرا كما يستفاد من اطلاق الكتب المتقدمة المصرحة بجواز التصرفات المتقدمة

الثالث لو منع مالك الجدار او الشريك فيه من الاستناد والاسناد مع عدم الضرر فهل يحرمان ح
او لا بل يجوزان كما لو لم يمنع فيه قولان احدهما انهما يحرمان ح وهو للتذكرة وجامع المقاصد
ذلك وقد احتجوا عليه بانه نوع تصرف بالجدار والاعتماد عليه وقد نبا فيما ذكروه بان
هذا التصرف قد جاز قبل منع المالك فالاصل بقاء الجواز لعدم دليل على ان هذا المنع يرفع
الجواز الثابت الا ان يقال بالعموم ما دل على عدم جواز التصرف في مال الغير بغير اذنه
من نحو قوله لا يحل مال امرئ مسلم الا عن طيب نفس منه فيقتضي عدم جواز التصرف مط
ولو لم يمنع المالك ولكن خرج هذه الصورة بما تقدم من الادلة فيبقى محل البحث مندرجا
تحته الا ان يجاب عن هذه الرواية بانها مرسلة ولا جابر لها في محل البحث وان انجبرت
بفتوى الاصحاب في غيره فلا تكون هنا حجة فيبقى الاصل المتقدم سليما عن المعارض اذ لم نجد
عموما معتبرا يدل على اصالة عدم جواز التصرف في مال الغير بحيث يشمل نحو محل البحث اما
قوله تعالى لا تأكلوا اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض فلا يفيد الاصل المذكور
ولا يشمل محل البحث كما لا يخفى الا ان يقال قوله الناس مسلطون على اموالهم يدفع استصحاب
الجواز المتقدم اليه الاشارة بعد منع المالك والشريك لان ذلك يقتضي عموم السلطنة
والمناقشة فيه بضعف السند وان امكن هنا ولكن الظاهر ان الرواية متلقاة بالقبول ح
ايضا مؤيدة هنا بالاعتبار العقلي فاذن هذا القول في غاية القوة مع انه احوط وثانيهما
انهما لا يحرمان ح بل يجوزان ايضا وقد ذهب اليه في الدروس قائلا ولو منع مالك الجدار منع
المستند والمستظل اذا كان الجلوس مباحا الا ان المنع مع عدم الضرر وحكم الفاضل بان
له المنع من الاستناد لانه تصرف وربما يظهر من مجمع الفائدة المصير اليه وصرح في ذلك بان
موضع الخلاف اذا كان الجلوس مباحا والا لم يجز اجماعا ويلحق على الحشاب بالاتكاء سائر التصرفات
الغير جوزناها مع عدم الاذن واما الاستظلال بجدار الغير وجدار الشريك والاستضاءة
بسراجهما فيجوز انه مط ولو مع المنع كما يستفاد من جماعة للاصل وعدم صدق التصرف في مال

بما الاستناد والاسناد

الغير

الغير بل لم يثبت كونهما مملوكين للغير بل الظاهر من سيرة المسلمين عدم اتصافهما بالمملوكية
اصلا الرابع صرح في الدروس تبعا للتحرير بجواز الاستناد الى الجدار المشترك والمختص
بانه ليس له حمل شيء من الاشجار كالنشاء والاجر واللبن ولا الكتابة مقصا بانه تصرف في مال
الغير بما هو مظنة الضرر وهو جيد الخامس صرح في التذكرة وغيرها بانه لو بنى في ملكه
جدارا متصلا بالجدار المشترك او المختص بحيث لا يقع ثقله عليه جاز ولم يكن للآخر الا
اعتراض عليه وهو جيد وزاد الثاني قائلا ولو القى ثقله لم يجز بدون اذنه ونبه في مجمع الفائدة
على جواز هذا قائلا وايضا يمكن ان يقال بجواز البناء المتصل مع وقوع ثقله على جدار الغير
ما لم يخرج عن ملكه بوجه اصلا وفيما تقدم من جواز التصرف في ملكه وان تضرر به الغير دلالة
واضحة عليه وكانه مراد التذكرة ايضا فتأمل وما ذكره جيد حيث لم يستلزم التصرف في
مال الغير لو انهدم الجدار المشترك لم يجبر شريكه على تعميره ولا انفاق عليه
بل له الخيرة ان شاء شارك في تعميره وان شاء تركه وقد صرح بذلك في الغنية وفي والارشاد
وعد وكره والجامع وس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع الفائدة والكفاية ولهم وجوه
منها اصالة البراءة ذمة الشريك من وجوب التعمير فلا معنى للاجبار على ما لم يجب عليه وقد
نبه على الاصل المذكور في مجمع الفائدة ومنها ظهور الاتفاق عليه كما نبه عليه بعض الاجلة
ويستفاد من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى الخلاف فلا اشكال في ذلك ومنها انه صرح
في التذكرة بدعوى الاجماع عليه قائلا ولو كان الحائط لاثنين فنقضاه لاستهدامه او لغير
استهدام او انهدم الجدار بنفسه لم يجبر على بنائه ولا يجبر احدهما الممتنع عند علمائنا وقد تمسك
بهذا الاجماع المنقول في مجمع الفائدة ومنها ما صرح به في التذكرة من ان في تكليف الشريك
بالعمارة اضرارا عظيما به فلم يجبر عليها ومنها ما تمسك به في جامع المقاصد من انه لا يجب
على الشخص عمارة جداره المنهدم ففي المشترك كذلك ونبه عليه في المسالك انه صرح بان
لكلامه فيه ومنها ما اشار اليه في التذكرة بقوله ولانه ملكه فاذا لم يكن لاحد منه في نفسه لم

بجبر على الانفاق عليه كما لو انفرد به بخلاف الحيوان ذي الحرمة فانه يجب عليه لحرمته وتعلق حق
الشارع بالانتفاع به ومنها ما نبه عليه في التذكرة بقوله ولانه ملكه فلا يجبر على عمارته
كما لا يجبر على زراعة الارض المشتركة ومنها ما نبه عليه في التذكرة ايضا بقوله ولانه بناء حائط
فلا يجبر عليه كالابتداء ومنها ما نبه عليه في التذكرة ايضا بقوله ولانه لو اجبر على البناء
فان الحق نفسه هو مستحق لو انفرد به او لحق غيره ولا يجوز ان يجبر الانسان على عمارة
ملك الغير كما لو انفرد به الغير وينبغي التنبيه على امور الاول لا فرق في الانهدام بين ان يكون
بنفسه او بفعل الغير لو كان الشركاء كما هو مقتضى اطلاق اكثر الكتب المتقدمة و
صريح التذكرة الثاني لا فرق في الحائط المشترك بين ان يكون حائطا للدار او البستان
او الحمام او الخان او غير ذلك كما هو مقتضى اطلاق عبارات الاصحاب الثالث لا فرق
في عدم الاجبار بين صورتي تضرر الشريك بترك الاخر العمارة والمشاركة بعد الاتفاق
عليها الرابع هل يتوقف العمارة على اذن الشريك فلا يجوز بدونه او لا فيه قولان احدهما
توقف العمارة على اذن الشريك وهو للمقدس وقد حكاه في ذلك عن بعض فصرح بانه
هو الاقوى محتجا عليه بانه مال مشترك فيمتنع التصرف فيه بدون اذن الشريك وفيه
نظر فان تجديد العمارة لا يتوقف على التصرف في المال المشترك لجواز تجديد
الشريك الحائط بالة من عنده في ارض وهواء مملوكين له فالدليل اخص من المدعى
فالتتميم بعدم القائل بالفصل هنا غير وجيه لان المتعرض للمسألة جماعة قليلة وثانيهما
انها لا تتوقف على الاذن وهو المحكي عن الشيخ وظاهر الغنية وعن المصنف
البر ووجهه ما نبه عليه في ذلك من انه نفع واحسان في حق الشريك حيث يعمر الحائط
ولا يغرمه في نفقته ولا ضرر فيه عليه بوجه وقد يناقش فيه اولا بالمنع من الصغرى لانه قد لا يكون
نفعا خصوصا اذا صار الحائط بعد التعمير للمعمر او ظن بانه او ورثته يدعون انه لانفسهم فلم
يتمكن من اثبات الاشتراك ومما يؤيد عدم كون ذلك نفعا واحسانا عدم رضاء

الشريك بتعمير شريكه لان العاقل الرشيد لا يمتنع من قبول النفع والاحسان الخاليين عن الضرر
وثانيا بان قوله تعالى وما على المحسنين من سبيل الذي هو دليل الكبرى هنا معارض بعموم
قوله لا يحل مال امرء مسلم الا عن طيب نفس منه تعارض العمومين من وجه وهو اولى
بالترجيح وثالثها ما نبه عليه في ذلك بقوله وربما فرق بين اعادته بالالة المشتركة فلا يشترط
رضاه وبين الالة من عنده فيشترط لانه على الاول يبني شريكا كما كان بخلاف الثاني ولم
اجد له مستندا يعتد به ورابعها ما ذهب اليه بعض الاجلة من انه اذا كان امتناع الشريك
من اذنه للاخر في التعمير موجبا لتضرره باعتبار ترك التعمير فلا يلتفت الى امتناع الاول من
الاذن ولا يكون تعمير الثاني موقوفا عليه بل يجوز بدونه ومستنده الجمع بين عموم نفي
الضرر والمنع من التصرف في المال المشترك بدون اذن شريكه وفيه نظر والتحقيق ان
ان كان تعمير احد الشريكين مستلزما للتصرف في ملك الشريك الاخر بدون اذنه كما اذا
عمر بالة من ملكهما او في ارض وهواء مختصين به مشتركين بينهما فلا يجوز عملا بعموم
ما دل على عدم جواز التصرف في ملك الغير بدون اذنه وان لم يكن مستلزما لذلك
كما اذا عمر بالة من ملكه في ارض وهواء مختصين به فيجوز ذلك من غير توقف على اذن
الشريك للاصل وعموم قوله الناس مسلطون على اموالهم وعموم قوله لا ضرر ولا ضرار
لان منع المالك من التصرف في ملكه ضرر عليه وقد نبه في جامع المقاصد على هذا التفصيل
فالالة لو انفرد بالعمارة احدهما فلا يخلو اما ان يكون الاعادة بالالة المشتركة او بما
يختص بملكه المعيد وعلى كل تقدير فاما ان يكون الاساس والهواء الذي يكون في الجدار
مملوكا لهما او للمنفرد بالعمارة وليست الصور كلها سواء في الحكم فان الالات المشتركة كيف
يجوز الانفراد بالتصرف فيها بالعمارة بدون اذن المالك ومال المسلم لا يحل الا عن طيب
نفس منه وكذا القول في الاساس والهواء اذا كان مشتركا واطلاق الكلام يقتضي عدم التوقف
على الاذن مع الاشتراك وحكي في ... عن الشيخ منع التوقف على اذن الاخر ولا يصح التوقف

مشتركة م

لما قلناه وقواه في تق نعم لو كانت الارض موقوفه وقفا عاما لم يتوقف على الاذن بالقسمة
اليهما وجميع ما ذكره حسن وقوله نعم لو كانت الارض موقوفة آه جيد الخامس صرح في التك بانه
حيث يتوقف البناء على اذن الشريك ويمتنع يرفع امره الى الحاكم ليجبره على المساعدة
او الاذن فان امتنع اذن الحاكم وقد بينا فيما ذكرنا ان اعتبار اذن الحاكم هنا مخالف
للاصول الشرعية ولا دليل على اعتباره هنا وحديث نفي الضرر مع معارضته هنا بعموم
ما دل على عدم جواز التصرف في ملك الغير بغير اذنه تعارض العمومين من وجه في
ترجيحه على الاول في كثير من الموارد لا يقتضي اعتبار خصوص اذن الحاكم لان رفع
الضرر يحصل بنفس التعمير فلكي من الجاني من غير توقف على الاذن اصلا فالحق
وكيف كان فالاجود عدم اعتبار اذن الحاكم هنا ولو اعتبرناه فهل له الاذن فيه مجانا او
باجرة يرجع بها على الشريك صرح بالاول في لك محتجا بان الشريك اذا لم يجبر على العمارة
لا يجبر على الانفاق فان اختار الشريك بناه مجانا فعل والا ترك وهو حسن
السادس لو عمر احد الشريكين من غير اذن الآخر في موضع يجبر فيه على المساعدة فهل له
نقض العمارة التي انفق فيها شريكه الغير الماذون اولا فيه احتمالات احدهما انه يجوز
له نقضه لانه آثم به مطلقا ولو بناه بآلة مشتركة ووجهه بعد الاصل ما نبه عليه في لك
من ان تعمير الشريك تصرف في ملك غيره وتغيير هيئته ووضعه الذي كان عليه فصارت
الكيفية الثانية كانها مغصوبة فله ازالتها وفيه نظر وثانيهما انه لا يجوز له نقضه مطلقا
ولو بناه بآلة مختصة به ووجهه ان النقض تصرف في ملك الغير فلا يجوز ولا فرق في هذا
بين ان يكون البناء بآلة مختصة بالباني او بآلة مشتركة بينه وبين شريكه كما لا يخفى
وثالثها التفصيل بين البناء بالآلة المشتركة فلا يجوز النقض وبين البناء بالآلة المختصة
فيجوز وقد صار اليه في لك قائلا ثم على القول باعتبار اذنه لو خالف وعمر فهل للشريك
نقضه احتمال والاقوى العدم ان كان بناه بالآلة المشتركة لان هدمه ايضا تصرف في

مال الغير

مال الغير وهو الشريك الذي بني فلا يصح كالاول وانما تظهر الفائدة والجواز ان كان بناه
بغير آلته لانه عدوان محض وتصرف في ارض الغير فيجوز تغييره وربما يظهر من جامع المقاصد
المصير الى ما ذكره ايضا وفيما ذكره في لك نظر والاقرب عندي هو الاحتمال الثاني
ولكن للشريك الذي لم ياذن اجبار الشريك المعمر بالنقض ان بناه بآلة مختصة في فضاء هو
مشترك بينهما ان لم يمكن الرجوع الى الحاكم والا فالاحوط الرجوع وان لم يتمكن من الاجبار
فلا يبعد جواز مباشرة النقض وهل يجوز التوكيل فيه او الاستيجار عليه فيجوز للوكيل
الاجبار ونحو ذلك فيه اشكال لكن الاقرب الجواز وهل يجوز الاجبار على النقض لو بناه بآلة
مشتركة اولا الاقرب الثاني ان قلنا بان الجدار بعد البناء يكون مشتركا بينهما وان قلنا
واطلق في جامع المقاصد فيما لو طالبه الشريك بالهدم حيث يكون البناء بالآلات المشتركة
امكان وجوب الاجابة مستدلا بان تصرفه في الآلات كان ممنوعا وربما كانت تعلق الغرض بها
وطلبت قسمتها كانت وفيما ذكره نظر وصرح في لك بانه على القول بتحريم نقضه لو هدمه لزمه الارش
كما لو هدم ابتداء وفيه نظر السابع صرح في التذكرة بانه اذا استهدم الحائط اجبر صاحبه على
نقضه لئلا يتاذى به احد سواء كان المالك واحدا او اكثر وفيما ذكره نظر لفقد الدليل عليه
ولان اجباره على النقض ضرر عليه خصوصا اذا استلزم النقض بذل مال كثير وتضرر الغير
بذلك محتمل غير معلوم فلا يجوز ارتكاب الضرر المتيقن لدفع الضرر المحتمل فالاقرب عدم
وجوب الاجبار بل عدم جوازه نعم الاحوط للمالك ان يهدمه او ياذن بهدمه الثامن
صرح في التذكرة بانه لو بنى الجدار بغير اذن شريكه في الانفاق وبغير اذن الحاكم عند امتناع
شريكه كان متطوعا ولا يرجع به على شريكه وهو جيد ثم صرح بانه ان بناه واعاد الحائط بالآلة
المشتركة المتعيرة فالجدار بينهما كما كان لان المتبرع انما انفق على التاليف وقلنا انه لا عين
تملكها ويختص بها ولا اشكال فيما ذكره من الاشتراك ثم صرح بانه لو اراد الباني نقضه
لم يكن له ذلك لانه ملكهما فليس له التصرف فيه وكونه التاليف منه لا يقتضي جواز نقضه

وهو جيد ولو بنى الجدار باذن شريكه بآلة مشتركة بينهما فهو مشترك بينهما ايضا كما نبه عليه
في س ولكن يحتمل قويا ان يريد استحقاق الباني على ما كان عليه سابقا بمعنى ان الحصة الحاصلة
من بنائه وان بناه بآلة مختصة به فالجدار مختص به مطلقا ولو بناه بدون اذن شريكه
وللباني منع الشريك من وضع خشبة عليه كما صرح به في الدروس ولك وصرح في الاول
بان للشريك مطالبته بهدمه في صورة عدم اذنه بالبناء ثم حكى كالمسالك عن الشيخ انه
خيره بين المطالبة بالهدم او اعطاء نصف قيمة الحائط وصرح في لك بان الاقوى ان التخيير
في ذلك للباني لا للشريك وصرح بهذا في الارشاد ايضا التاسع لو هدم احد الشريكين
الجدار المشترك من غير اذن صاحبه صرح في التذكرة بانه ان كان لاستهدامه او وقف
موضع يجب عليه الهدم لم يكن عليه شيء وان كان مما لا يجب عليه هدمه او هدمه وهو
معمود لا يخشى عليه السقوط فاختلف الاصحاب فيما يجب على الهادم على قولين الاول
انه يجب عليه الارش مطلقا وهو للقواعد والتذكرة والايضاح ولك وجامع المقاصد
ونبه فيه وفي لك على وجهه قائلين لان النقصان الفائت بالهدم غير مثلي فيضمن دالى القيمة
وهو الارش واشار الى ما ذكره ايضا في كره الثاني انه يجب عليه عمارته واعادته الى ما كان
عليه اولا مطلقا وقد حكاه في الدروس وجامع المقاصد عن الشيخ وفي غيرهما عن كره وقد
صار اليه في الشرائع والارشاد ايضا وكذا صار اليه مجمع الفائدة قائلا واما اجباره على العمارة
اذا كان الهدم بغير اذن الشريك فوجهه انه ضامن فعليه الخروج منه وهو اصطلاح خاص
واعادة ما هدمه وفيه تامل لان ضمان المثل انما يكون في المثلي والجدار قيمي لا مثلي كذا
قيل وكانه ماخوذ من التذكرة ولا يخفى ان الاعادة غير بعيد فيما امكن المماثلة في الجملة
وان كان الجدار قيميا باصطلاحهم لان العرف قد يقضي بالمماثلة في بعض الجدران وعدم
دقة فيها اذ الغرض المطلوب الحائل والمانع ولا يريدون في امثال ذلك غير تلك المماثلة
في الجملة فليس ببعيد الاكتفاء في امثاله بهذا المقدار فان العقل يجد انه لا تخلف في امثاله

الا بالمثل

الا بالمثل وهو المظنون ويؤيده ان الارش بعيد فانه قد لا يسوى بعد الهدم الا شيء
قليل جدا والجدار الصحيح يكون فيه قيمة كثيرة بل المناسب على القول بالارش ان يراد
به ما يحتاج في تعميره بمثل ذلك التعمير قيمة وفيه ايضا تامل اذ قد يتفاوت العمل والاجرة
كثيرا فتأمل وفي جميع ما ذكره نظر الثالث ما صار اليه في س قائلا لو هدمه فعليه اعادته
ان امكنت المماثلة كما في جدران بعض البساتين والمزارع والا فالارش والشيخ اطلق
الاعادة والفاضل اطلق الارش واورد في جامع المقاصد على ما في س قائلا بعد الاشارة
اليه وهو بعيد اذ لا يبقى الجدار مثليا على ان الاعيان باقية وانما الفائت صفتها والمماثلة
في الصفة في غاية البعد ونبه على ما ذكره في لك قائلا ان ما في س فيه مناسبة الا انه خارج
عن القواعد الشرعية لانتفاء المثلية في الفائت فانه محض صفة اذ الاعيان باقية والمماثلة
في الصفة بعيدة فالقول بالارش اوضح واورد عليه في مجمع الفائدة قائلا ان الخروج عن القواعد
اذا لم يكن ماخوذة من النقل الصحيح لا باس به وفيما ذكره نظر والمسألة محل اشكال فلا ينبغي
فيها ترك الاحتياط ولكن القول الاول لا يخلو عن قوة العاشر اذا هدم احد الشريكين
الجدار المشترك بشرط ان يعيده لزمه الاعادة كما صرح به في الارشاد وكذا نبه عليه في
مجمع الفائدة محتجا عليه بعموم قولهم المسلمون عند شروطهم الحادي عشر صرح في التذكرة
بانه لو كان لشخصين ملكان متجاوران ولا حائط يحجز بينهما قديم فطلب احدهما من الآخر
المساعدة على بناء حائط يحجز بينهما فامتنع الآخر لم يجبر على مساعدته وهو جيد ثم صرح
بانه لو اراد البناء وحده لم يكن له البناء الا في ملكه خاصة لانه لا يملك التصرف في ملك
جاره المختص به ولا في ملكه المشترك فان بناه في ملك جاره او بعضه في ملكه وبعضه في
ملك جاره كان للجار هدمه لانه وضع بغير حق ولا نعلم فيه خلافا وجميع ما ذكره جيد
الثاني عشر اذا اذن له في وضع الجذوع او السقف على جداره ثم استهدم كان للمالك
نقضه فان اعاده فهل له المنع من وضع الامرين عليه او لا فيه قولان كما نبه عليه في لك قائلا

من الاحكام

اما اذن في وضع الجذوع على جداره ثم استهدم الجدار كان للغير نقضه فاذا اعاده قال الشيخ
في ط انما اعاده بتلك الالة لم يكن له منعه من رد الخشب والسقف عليه وان اعاده بغير تلك
الآلة كان له منعه وقيل ليس له منعه والاول اقوى والوجه الاخير لنا انه عارية وللمالك
الرجوع فيها خصوصا اذا لم يتضمن ضرر المستعير ولا ضرر هنا الا ان ازالة الجذوع كان سابقا مع
ان الشيخ قال لو انهدم الحائط او هدمه المستعير لم يكن له الاعادة الا باذن مستانف
واتى فارق بين الموضعين سوى مباشرة الهدم في الثاني دون الاول وتلك لا توجب دوام
الاعارة بل هو ابلغ من ذلك ونحوه ان المالك لو هدم الحائط من غير حاجة له لم يكن للمستعير
الاعادة وان وجب عليه الارش ان قلنا به والاقرب عندي جواز المنع سواء بناه بتلك الآلة
او بغيرها كما يستفاد من لك   اذا كان بين الشريكين نهر مشترك او قناة
او دولاب او ناعورة او بئر او غير ذلك فاحتاج شيء من ذلك في الانتفاع به الى العمارة لم يجبر
احد الشريكين او الشركاء على العمارة كما قلناه في الجدار المشترك وقد صرح بذلك في الغنية
والشرائع والقواعد والتذكرة والدروس وجامع المقاصد ولك والكفاية بل الظاهر انه
مما لا خلاف فيه بين اصحابنا كما يستفاد من التذكرة لانها اقتصرت على نقل الخلاف عن بعض
العامة قائلة بعد الاشارة الى ما ذكرناه وقال ابو حنيفة يجبر ويفرق بين هذه والجدار لان
فاوجب على الشريك في هذه العمارة والاصلاح وتنقية البئر ولم يوجب بناء الجدار لان الشريك
لا يتمكن من مقاسمته فيضر به بخلاف الحائط فانه يمكنه مع شريكه وقسمة عرصته وليس
بجيد لان في قسمة العرصة اضرارا بهما وفي قسمة الحائط اكثر ضررا والانفاق ادفق هنا
وقد صح في لك بدعوى اتفاق اصحابنا عليه قائلا الحكم هنا كما سلف في الجدار ولا فرق
بين كونه قابلا للقسمة بحالته وغيره عند الاصحاب وانما خالف فيه بعض العامة وينبغي
التنبيه على امور الاول صرح في جامع المقاصد بانه لو اراد احد الشريكين الاحداث في الجدار
والقناة والدولاب ونحوها مما شئ من العمارة وغيرها من الوجوه التي يمنع الانتفاع

بدون

بدون جميعها فليس ببعيد ان يرفع امره الى الحاكم ليجبر الشريك بين عدة امور من بيع واجارة
ومرافقة على العمارة وغير ذلك من الامور الممكنة في ذلك علاجا للضرر لا ضرر ولا ضرار
ولان في ترك جميع هذه الامور اضاعة المال وقد نهي عنها ولم اظفر هنا بنص صريح
فينبغي ان يلحظ وفي جميع ما ذكره نظر بل الاقرب عدم جواز الاجبار على شيء مما ذكره وعدم
ولكن الاحوط للممتنع اختيار واحد من الامور المذكورة الثاني صرح في التذكرة بانه لو انفق
احد الشريكين على البئر والنهر لم يكن له منع الشريك والانتفاع بالماء وله منعه من الانتفاع
بالدولاب والبكرة المحدثين وهو جيد وكذلك الحكم لو انفق احد الشريكين على البستان
المشترك فليس له منع شريكه من الانتفاع بما يملكه نعم له المنع من التصرف في ملكه الثالث
صرح في التذكرة ايضا بانه لو كان بينهما دولاب او ناعورة كان حكمهما حكم الحائط على
ما ذكرناه وهو جيد ثم صرح بانه لو كان بينهما بئر او نهر فان قلنا ليس لاحدهما اجبار الاخر
على الانفاق كان لكل واحد منهما ان ينفق على ذلك وهو جيد مع اذن الاخر وبدونه
ان لم يستلزم التصرف في ملك غيره بدون اذنه ثم صرح بانه ان انفق احدهما عليه لم يكن له
ان يمنع الاخر من نصيبه من الماء لان الماء ينبع من ملكهما المشترك بينهما وانما اثر احدهما
نقل الطين منه وليس فيه عين ملك بخلاف الحائط اذا بناه بغير آلته وان قلنا يجبر الممتنع اجبره
الحاكم فان امتنع وله مال ظاهر انفق منه وان لم يكن لم يكن لشريكه ان ينفق عليه ويرجع بقدر
نصيب شريكه عليه فان انفق شريكه بغير اذنه ولا اذن الحاكم كان متبرعا لا يرجع عليه قولا
واحدا وليس له منعه من حصته من الماء على ما تقدم وجميع ما ذكره جيد الرابع صرح في التذكرة
ايضا بانه لو كان له حق اجراء الماء في ملك الغير او على سطحه فانهدم ذلك الملك لم يجب على
مستحق الاجراء مشاركته محتجا بان العمارة تتعلق بالاعيان وهي لمالكها وليس لمستحق الاجراء
فيها شركة ولا يجب ايضا على صاحب الملك لو طلبها صاحب الاجراء وجميع ما ذكره جيد
لو كان علو الدار لواحد وسفلها لغيره فانهدمت لم يكن لصاحب السفل اجبار

صاحب العلو على مساعدته في اعادة السفل وكذا ليس لصاحب العلو اجبار صاحب السفل على اعادة
السفل ليبني عليه وقد صرح بذلك في الغنية والشرائع وعد وكره وس وجامع المقاصد ولك
والكفاية ولهم وجوه منها ما تمسك به في الغنية وكره من ان الاصل براءة الذمة ومنها
ظهور الاتفاق عليه ومنها شبهة التذكرة وذلك الى علمائنا ومنها ما تمسك به في الغنية
قائلا ونحتج على المخالف بما رووه من قوله لا يحل مال امرء مسلم الا بطيب نفس منه ومنها
ما نبه عليه في جامع المقاصد قائلا اذا كان علو البيت لواحد وسفلها لغيره فانهدمت لم يكن الجدار
لواحد منهما مطالبة الاخر بالعمارة اما صاحب العلو فلانه ملك غيره ولا يجب عليه عمارة ملك
غيره واما صاحب السفل فلانه لا يجب عليه عمارة ملكه لاجل الغير وقد نبه على ما ذكره في التذكرة
ولك وينبغي التنبيه على امور الاول صرح في جامع المقاصد ولك بان ذلك ليس على اطلاقه
قائلين بعد الاشارة اليه لكن يجب ان يقيد ذلك بما اذا لم يكن حمل جدار العلو وسقفه واجبا
على صاحب السفل بعقد لازم فان وجب كذلك لزمه البناء عليه وقد نبه عليه في س وما ذكره
جيد وصرح في التذكرة بانه اذا استهدم الجدار وعند صاحب السفل شرط ان يعيد اجبر
عليه قولا واحدا ونبه عليه بما ذكره من الحكم في الشرائع والكفاية وهو جيد الثاني لو طلب
صاحب العلو بناء جدران السفل تبرعا فهل له منعه ولا حكي في جامع المقاصد عن التحرير
ان ليس له المنع قائلا وظاهره توقف كلامه ان ذلك حيث يكون جدران العلو لصاحب السفل
ولم يكن حمل جدران العلو واجبا وهو مشكل اذا كان الاساس لصاحب السفل او مشتركا
كما نبهنا عليه سابقا وبما يظهر من قوله وهو مشكل التوقف في صحة حكمه بل الاقرب ان
له المنع حيث يستلزم التصرف في ملكه الثالث صرح في التذكرة ولك بانه في حكم العلو ما لو
كان له ساباط استحق وضعه على حائط غيره فانهدم فلم يجبر احدهما على العمارة وهو جيد
الرابع لو هدم الحائط جدارا كالانهدام في جميع ما ذكر كما صرح به في كره ولك
اذا تنازع صاحب السفل والبيت وصاحب العلو والغرفة في جدران البيت فاختلف

الاصحاب فيه

الاصحاب فيه على قولين احدهما ان القول قول صاحب البيت مع يمينه وهو للشرايع والارشاد
وعد واللمعة وجامع المقاصد ولك وضه ومجمع الفائدة والمحكي عن القاضي وظ وافتى
به في التذكرة اولا ولكن استشكل فيه اخيرا وصرح في لك بان هذا القول هو المشهور وفي
الروضة بانه الاشهر ولهم ما تمسك به في جامع المقاصد ولك وضه من ان جدران البيت
جزؤه كما في الاولين او كالجزء منه كما في الاخير فيحكم بها لصاحب الجملة ونبه على ما ذكر في مجمع الفائدة
قائلا ووجه ذلك ان ظاهر وضع اليد على البيت وضع على جدرانه قال الظاهر انها اجزاء
وان اليد عليه يتحقق بهذا ويؤيده الشهرة وثانيهما انه يحكم باشتراكهما فيها فانها بينهما
وهو للخلاف وقد حكاه فيه وفي الدروس عن ابن الجنيد وصرح في لك بانه قول جيد
لكنا لم نجده واشار الى وجه هذا القول في لف قائلا بعد حكايته عن ابن الجنيد كانه
نظر الى ان لكل من صاحب العلو والسفل يدا عليه وتصرفا ولا باس بهذا القول واشار
الى ما ذكره في التذكرة قائلا لو تنازع صاحب البيت والغرفة في جدران البيت حكم
بها لصاحب البيت مع يمينه لان الحيطان في يده وهو المنتفع بها ولا يخلو من اشكال
لتساويهما صاحب الغرفة له في الانتفاع والتصرف بل تصرفه وانتفاعه اكثر وفيما ذكره
قوة ولكن الاقرب هو القول الاول ولكن مراعاة الاحتياط بالصلح مهما امكن اولى
فان المسئلة قوية الاشكال ولو تنازعا في جدران الغرفة فالقول قول صاحبها مع يمينه
كما صرح به في الشرايع وعد وكره وس واللمعة وجامع المقاصد ولك وضه واشار الى
وجه فيها قائلا لما ذكرناه من الحجة ولا اشكال هنا لان صاحب البيت لا تعلق له
بها لكونه موضوعا على ملكه وذلك لا يقتضي الملكية مع معارضة اليد واشار الى ما ذكره
هنا في الدروس وجامع المقاصد ولك ايضا ويعضده ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد
من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى الخلاف ولا اشكال فيه **منهل** اذا تنازع
صاحب السفل وصاحب العلو في سقف البيت الذي عليه الغرفة والمتوسط بين علو

احدهما ويسفل الاخر فاختلف الاصحاب فيه على اقوال الاول انهما ان حلفا قضى به لهما وكذا
ان نكلا وان حلف احدهما دون الاخر اختص بالحالف قد صار اليه في الدروس اولا وفي
السقف المتوسط يقوى له لاشتراك مع حلفهما او نكولهما والا اختص الحالف وفي ط
يقسم بعد التحالف الثاني انه يقضى به لصاحب العلو وهو صاحب الغرفة وهو للتذكرة و
الارشاد ولف وجامع المقاصد وللك وضه ومجمع الفائدة وصح في غاية المراد بانه مذهب
ابن ادريس وظاهر كلام ابن الجنيد وفي لك بانه مذهب العلامة في كثير من كتبه الثالث
انه يقرع بينهما وهو للشرايع وحكاه في غاية المراد وجامع المقاصد عن ط وف ولكن في
ط يقسم بعد التحالف وتردد في ف بين القرعة والتحالف للقول الاول ان السقف
المفروض غير متصل ببناء احدهما اتصال البنيان فكان كالحاجز بين الملكين وكل واحد
منهما ينتفع به فانه سماء لصاحب السفل يظله وارض لصاحب العلو يقله فاستويا
فيه وبالجملة انه سقف لصاحب البيت وارض لصاحب الغرفة فكان كالجزء لكل منهما
وفيه نظر وللقول الثاني وجهان احدهما ما تمسك به في لف ونبه عليه في كره والدروس
وجامع المقاصد وللك من ان الغرفة انما تتحقق بالسقف اذ هو ارضها والبيت قد يكون
بغير سقف وهما متفقان على ان هنا غرفة لصاحبها وبدون السقف لا غرفة وكونه سماء
لصاحب السفل لا يقتضي كونه له ولا تخفى بعده وفيه نظر وثانيهما ما نبه عليه في التذكرة
ولف وغاية المراد وجامع المقاصد وللك من ان صاحب العلو ينتفع به دون صاحب السفل
وينفرد بالتصرف فانه ارض غرفته يجلس عليه ويضع عليه متاعه فيكون هو صاحب اليد
فالقول قوله مع يمينه وللقول الثالث ما نبه عليه في الخلاف على ما حكاه في لف قائلا
قال في ف يقرع بينهما فمن خرج اسمه حلف لصاحبه وحكم له به وان قلنا انه يقسم بينهما
واستدله باجماع الفرقة على ان كل مجهول فيه القرعة وهذا من الامر المشتبه وفيه نظر اما
اولا فلما نبه عليه في لف بقوله وقول الشيخ بالقرعة ليس في القسمة التي جزنها في الكتابين

وقد اشار

وقد اشار الى هذا في غاية المراد ايضا واما ثانيا فلما نبه عليه في ضه بقوله ويشكل بان مورد
القرعة المحل الذي لا يحتمل الشركة بين المتنازعين بل هو حق لاحدهما مشتبه وهنا ليس
كذلك لانه كما يجوز كونه لاحدهما يجوز كونه لهما معا لاستوائهما فيه لانه سقف لصاحب
البيت وارض لصاحب الغرفة فكان كالجزء من كل منهما واشار الى هذا في لك ايضا بقوله
وربما منع الاشتباه بالنسبة الى الحكم والمسئلة محل اشكال ولذا توقف فيها في الايضاح
ولكن القول الثاني اقرب وينبغي التنبيه على امور الاول احتمل في عد والايضاح
اختصاص صاحب السفل به وحكاه في كره عن بعض العامة واشار الى وجهه في جامع المقاصد
قائلا ويحتمل اختصاص صاحب السفل به لشدة احتياجه اليه ولان الغرفة على البيت
لا يتحقق الا بعد البيت لا يتم الا بالسقف ثم ضعف هذا الاحتمال بقوله وفيه نظر
لان ذلك هو الغالب ولاختصاص صاحب العلو بالتصرف وعدم ثبوت ما يقتضي اليد
الثاني صرح في التذكرة وعد وغاية المراد وجامع المقاصد ولك بان موضع الخلاف
في السقف الذي يمكن احداثه بعد بناء البيت فاما ما لا يمكن كالازج الذي لا يعقل احداثه
بعد بناء الجدار الاسفل لاحتياجه الى اخراج بعض الاجزاء عن سمت وجه الجدار قبل
انتهائه ليكون حاملا للعقد فيحصل به الترصيف بين السقف والجدران فهو لصاحب السفل
بيمينه لان ذلك علم خارجيته وما ذكروه جيد الثالث صرح في التذكرة والدروس وغيرهما
بانه يقدم قول صاحب الغرفة لو تنازعا في سقفها وهو جيد على في الاول والثالث
باختصاصها بالانتفاع به كالجدار والى

منهل اذا خرجت اغصان شجرة الى
ملك الجار وجب على مالك الشجرة من دفعها عنه بعطفه او قطعه فللجار دفعها وازالتها
عن ملكه كما صرح به في الارشاد وعد والتذكرة والدروس وجامع المقاصد ولك و
مجمع الفائدة ولهم وجوه منها ظهور الاتفاق عليه ومنها ما نبه عليه في مجمع الفائدة من
الاصل ومنها ما نبه عليه فيه وفي جامع المقاصد من ان للمالك افراغ ملكه من مال

الغير الذي يشغله بغير حق وعدم وجوب قرار مال الغير في ملكه بلا سبب شرعي ومنها ان
دابة الغير اذا دخلت دار رجل وتعذر اخراجها منها فكذلك الاغصان انا التنقيح المناط وللاولوية
كما نبه عليه في مجمع الفائدة ومنها انه لو لم يجز للجار ذلك لزم ترتب الضرر عليه وهو منفي بقوله
لا ضرر ولا ضرار وينبغي التنبيه على امور الاول لا فرق في الاغصان بين ان يكون كثيرة او قليلة
ولا بين ان يكون يابسة او رطبة والظاهر انه لا خلاف في جميع ذلك الثاني المراد بالشجر هنا
الاعم من النخل وان كان المذكور في عبارات الاصحاب لفظ الشجر الثالث لا فرق في ملك
الجار بين بعضه وهو آنه كما نص عليه في التذكرة والجامع والدروس والمسالك ومجمع الفائدة بل
الظاهر انه مما لا خلاف فيه وكذا لا فرق فيه بين الدار والخان وغيرهما من انواع الاملاك بل الظاهر
انه مما لا خلاف فيه وكذا لا فرق بين ان يكون الاغصان الخارجة الى الهواء او الارض او الجدار
او السطح مضرة بالجار او لا وكذا لا فرق بين ان يكون ملك الجار مختصا به او مشتركا بينه
وبين غيره ولو كان صاحب الشجر وقد نص على ذلك في التذكرة ومجمع الفائدة بل الظاهر انه مما
لا خلاف فيه وكذا لا فرق بين ان يكون الاغصان لعاقل رشيد او لمولى عليه كالصغير والمجنون
كما هو مقتضى اطلاق عبارات الاصحاب الرابع هل يتخير الجار في الازالة بين عطف الاغصان
من حيث ملكه وبين قطعها منه او يتعين العطف فان لم يمكن جاز القطع صرح بالثاني في كره
وعد والارشاد ودس ولك ومجمع الفائدة وربما يظهر من يع والجامع الاول وهو ضعيف بل
المعتمد هو الاحتمال الثاني لان الاصل عدم جواز التصرف في ملك الغير بغير اذنه خرج العطف
بظهور الاتفاق عليه ولا دليل على خروج القطع مع امكان العطف فيبقى مندرجا تحت الاصل
ولان القطع ضرر على المالك فالاصل عدم جوازه لعموم قوله لا ضرر ولا ضرار ولو قطعها مع
امكان العطف ضمن كما نص عليه في جامع المقاصد والمسالك والكفاية ونادر في الثاني قائلا
لكن هل يضمن جميع ما يقطع او تفاوت ما بينه وبين المعطوف وجهان من التعدي بالقطع
فيضمنه ومن ان العطف حق له وما يفوت به في حكم التالف شرعا وصرح في مجمع الفائدة

بلزوم

بلزوم مراعاة الاسهل وما الاضر فيه ثم الاقل ضررا فالاقل في الازالة فاذا حصلت بامر قليل
فلا يتعدى وهو احوط بل واقرب الخامس هل يتوقف الازالة بعطف او قطع على اذن الحاكم
او لا بل يزيل الجار بنفسه من غير مراجعة الى الحاكم صرح بالثاني في الشرايع وعد وكره ودس وجامع
المقاصد ولك ومجمع الفائدة وهو ظاهر الارشاد والجامع وهو المعتمد ولهم وجهان احدهما
ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى الخلاف ولا اشكال
في ذلك وثانيهما ما تمسك به في التذكرة وجامع المقاصد من ان له العدوان عن ماله امر
جائز مع التمكن وان لم ياذن به الحاكم السادس هل يتوقف جواز الازالة بعطف او قطع
على مطالبة المالك بها وامتناعه منها او لا بل يجوز للجار مطلقا ولو لم يعلم المالك بحقيقة
الحال ولم يراجعه اصلا فيه قولان احدهما انها لا تجوز للجار الا بعد امتناع المالك منها
وهو ظاهر الشرايع والتذكرة والجامع والدروس ولك وغيرها وفي مجمع الفائدة الظاهر اكثر العبارات
ولهم الاصل كما نبه عليه في مجمع الفائدة قائلا ويحتمل توقفه على مطالبة المالك وعدم فعله كما هو
ظاهر اكثر العبارات غير المتن لئلا يلزم التصرف في مال الغير بغير رضاه والاول ليس ببعيد
وثانيهما انها تجوز له مطلقا ولو لم يعلم المالك بان اغصان شجرته في ملك الجار وهو لجامع المقاصد
ولك ومجمع الفائدة والكفاية وربما يستفاد من اطلاق التحرير والقواعد والارشاد ولهم وجوه
منها ما تمسك به في جامع المقاصد قائلا هل يتوقف جواز الازالة على مطالبة المالك وامتناعه
يظهر من عبارة التذكرة ذلك وفي حق انه يأمر صاحبها بقطعها فان امتنع قطعها هو والحق في
التحرير ثبوت الازالة وهو الظهر لان العدوان عليه ثابت له ويتوقف على اذن الغير وارشاد
اليه في لك والكفاية من غير ايراد عليه ومنها ما تمسك به فيه ايضا من انه لو توقف على اذن المالك
لكان اذا امتنع يتوقف على اذن الحاكم ولا يسوغ له التصرف في مال الغير بغير اذنه واذن من يقوم
مقامه مع التمكن وقد نبه عليه في لك ايضا من غير ايراد عليه ومنها ما نبه عليه في لك قائلا بعد
الاشارة الى الوجه الاول ويشهد لجواز اخراج البهيمة بعد اذنه وفي جميع الوجوه المذكورة نظر

ولا ريب ان الاحوط هو القول الاول بل هو في غاية القوة الا اذا استلزم الرجحان الى المالك الضرر العظيم
والمشقة الشديدة التي يستلزم الحرج فيجوز ترك الرجحان وليس ما ذكر تفصيلا خارجا للاجماع
المركب لعدم انصراف اطلاق القائلين بالقول الاول الى هاتين الصورتين ثم السابع هل يجب
على المالك اذا ادخل اغصان شجرته الداخلة الى ملك الغير ام لا فيه قولان احدهما انه يجب عليه وهو
للشرائع وجامع المقاصد ولك والمحكي في الاخيرين عن التحرير ووجهه ما نبه عليه في لك قال
وجه الوجوب عليه ظاهر لان دخول شجرته على ملك الغير يوجب التصرف فيه وشغل ملكه
وهو غير جائز فيجب التخلص منه وفيما ذكره نظر لان التخلص والتصرف والشغل المشار اليهما
لم يكونا بفعل المالك قطعا فالاصل براءة ذمته من الوجوب وثانيهما انه لا يجب عليه وقد
استظهره في جامع المقاصد ولك من التذكرة قائلين وظاهر التذكرة ان مالك الشجرة لا يجب
عليه ازالتها وان جاز لمالك الارض لانه من غير فعله وهذا القول عندي اقرب ولكن الاول
احوط وعليه فهل يجبر المالك على الازالة او لا حكي عن التحرير الاول وصار اليه في الجامع ومنعه
في التذكرة مع احتماله الاخير الاول وعلى اي تقدير فللمالك ازالة اغصان شجرته وهل يتخير بين
العطف والقطع او يتعين الاول فان تعذر فالثاني صار الى الاحتمال الثاني في يع قائلا
اذا خرجت اغصان شجرة الى ملك الجار وجب عطفها ان امكن والا قطعت من حد ملكه واشار الى وجهه
في لك قائلا في العبارة اشكال من حيث اشتراط وجوب العطف بالامكان وترتب القطع مع عدمه
اذ المالك قطع شجرته بغير هذا السبب فهنا كذلك ويمكن الاعتذار عن الترتيب بان قطع الشجر
مع امكان عطفها اتلاف المال وهو منهي عنه ويمنع من جواز قطع المالك كيف اتفق بل لا بد من
غاية مقصودة به للنهي عن اضاعة المال بغير وجه وفيما ذكره نظر بل الاقرب هو الاحتمال الاول
من التخيير الثامن صرح في الدروس وجامع المقاصد ولك بانه ليس لمالك الارض ايقاد النار
تحت الاغصان لتحرق بل يجب عليه القطع حيث لا يمكن العطف واحتج عليه في الاخير بانه اشد
ضررا ثم صرح بانه لو فعل ضمن ما يتلف بسببه زيادة حقه وجميع ما ذكره احوط وربما

يظهر

يظهر من جمع المخالفة جواز ذلك لقولهم وان اندفع بالقطع لا يوقد النار تحته لانه اضر على ما قيل
ويتوقف الجواز مطلقا كما يفهم من المتن ما سبق ان للمالك التصرف في ملكه اي تصرف شاء
وان حصل الضرر على الجار وما رواه في التذكرة من قوله ع ليس لعرق ظالم حق وهو في غاية القوة
التاسع صرح في جامع المقاصد ولك بانه لو مضت مدة طويلة على الاغصان الداخلة الى ملك
الجار من غير اذنه وكان المالك لها عالما به ومفرطا في الازالة ضمن اجرة الهواء والارض وحكي
في الاول عن الدروس نفي الشبهة في ذلك العاشر اذا سرت عروق الشجرة الى ارض الجار
كان حكمها حكم سراية الاغصان كما صرح به في التذكرة والدروس وجامع المقاصد ولك فلمالك
الارض عطفها ان امكن والا فله قطعها من حد ملكه كما صرح به في الدروس وصرح به في التذكرة
محتجا اولا بانه ليس له التصرف في ملك غيره الا باذنه وثانيا بانه عرق ظالم فلا ازالة لقوله ع
ليس لعرق ظالم حق الحادي عشر صرح في التذكرة وجامع المقاصد ولك بانه لو مال جدار
الغير الى هواء الجار كان له الازالة كالاغصان والعروق وهو جيد واحتج عليه في الاول بانه
شغل ملك الغير ومنعه من التصرف فيه بغير حق فله الازالة وصرح في الاخير بانه يجب المبادرة
الى تخليص الارض منه الثاني عشر صرح في لك بان في حكم الشجرة التراب المنتقل الى ملك
الغير فانه يجب المبادرة الى تخليص الارض منه ولو ملكه التراب وقبله سلم من حقه لا يمنع منه
وان شق نقله وما ذكره من المماثلة في الحكم هو المعتمد الثالث عشر صرح في الدروس وجامع
المقاصد ولك بان له اخراج بهيمة مملوكة دخلت الى داره وملكه بغير اذنه وهو جيد ان لم يستلزم
الاخراج اتلافها وان استلزمه فقد صرح في لك ضمن وانما استلزم الاخراج اتلافها فله ذلك او لا صرح بالاول
في التذكرة قائلا اذا امكنه اخراج دابة الغير بغير اتلاف فله ذلك فان اتلفها والحال هذه ضمن
وان لم يمكن اتلافها الا بالاتلاف كان له ذلك ولا شيء عليه لانه لا يلزمه اقرار مال الغير
في ملكه وهو جيد ويلحق بما ذكر كل ما يقع في ملك الغير بدون اذنه فله ازالته واخراجه من
ملكه وان توقف على تلفه ولا يلزمه ح باعتبار تلفه وهل يجب على المالك المبادرة الى تخليص

ملك الغير عنها ولا الاحوط ذلك ولكن في نفيه حيث لا يكون الدخول بفعله بل بفعل غيره
من غاصب ونحوه اشكال بل عدم الوجوب في غاية القوة للاصل السليم عن المعارض وهل
يجب على صاحب الملك اذا امتنع المالك عن ملكه تسليمه الى مالكه او من يقوم مقامه فيضمن
اذا خالف لتلفه ولا بدله الا ازالته مطلقا ولو لم يسلمه الى مالكه الاقرب لا وله ان قبضه وتصرف
فيه ومع عدمها ففي وجوب التسليم اشكال ولا فرق في ذلك بين البهيمة وغيرها من الاموال
الرابع عشر لو صالح مالك الاغصان الداخلة الى ملك الغير معه على ابقائها في الهواء فهل
يصح ام لا اختلف الاصحاب على قولين الاول انه يصح وهو للقواعد والتذكرة والمختلف والايضاح
والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع الفائدة الثاني انه لا يصح وهو المحكي في جملة من الكتب
عن الشيخ للقول الاول العمومات الدالة على صحة الصلح المعتضدة هنا بالشهرة وظهور انقراض
مذهب الشيخ وان قال في يع ولو صالحه على بقائه في الهواء لم يصح على تردد بل نسبه في التذكرة على
دعوى الاجماع على الصحة قائلا لو صالحه مالك الشجرة على الابقاء على الجدار بعوض صح مع
تقديرها بالزيادة وبتعيين المدة وكذا لو صالحه على الابقاء في الهواء عندنا خلافا للشافعية
وللفاضل في مجمع الفائدة بانه يفهم من التذكرة دعوى الاجماع على الصحة وللقول الثاني ما حكاه
في المقنعة الايضاح عن الشيخ قائلين حكى الشيخ لو صالحه على ابقاء الغصن البارز الى ملك الغير
في الهواء لم يصح لانه ان كان رطبا لانه يزيد في كل حال ولا يعرف قدره وكذا ان كان يابسا لانه بيع
الهواء من غير قرار وذلك لا يجوز وقد بينا فيما ذكره الا ما اجاب به عنه في الكتابين وجامع
المقاصد من ان الصلح عقد مستقل لا يتفرع على البيع ولا على غيره وثانيا بان الجهالة لا تبطل
الصلح كما تقدم اليه الاشارة سابقا ولكن يمكن التعبير فاذن المعتمد هو القول الاول وكذلك
يصح الصلح على ابقائها على الجدار ونحوه كما صرح به في الشرايع والقواعد والتذكرة والتحرير وغيرها بل الظاهر
انه مما لا خلاف فيه كما يستفاد من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى الخلاف ولا اشكال فيه
ولا فرق في صحة الصلح في المقامين بين ان يكون الاغصان يابسة او رطبة وصرح في

والتذكرة

والتذكرة وعد وس ولك بانه يصح الصلح المذكور مع تقديرها بالزيادة او انتهائها وزاد هو كما صرح به في لك
ان الاغصان ان كانت قد انتهت في الزيادة صح الصلح على ابقائها مطلقا وان كانت تتجدد في
الزيادة فلا بد من تقدير الزيادة ليكون الصلح مضبوطا وصرح فيه وفي الدروس وجامع المقاصد بان العلم
لو فرض انتهاء الزيادة انما هو بحسب ظن اهل الخبرة وصرح في ايضاح وفي جامع المقاصد بانه لو فرض
زيادة على خلاف الظن والعادة كان حكم الزائد حكم الاصل لا يتعدى الى المالك قبل الصلح وما ذكروه
من لزوم تقدير الزيادة او انتهائها احوط ولكن الاقرب عدم اللزوم لان الجهالة في الصلح لا تقدح
وقد نبه عليه بعض على ما حكاه في التذكرة قائلا فان صالحه على اقرارها بعوض معلوم صح ولا فرق
بين ان يكون الغصن رطبا او يابسا لان الجهالة في المصالح عنه لا تمنع التسليم بخلاف العوض فانه
يفتقر الى العلم لوجوب تسليمه ولان الحاجة تدعو الى الصلح لكون ذلك في الاملاك المتجاورة وفي
القطع اتلاف وتضييع والزيادة المتجددة يعفى عنها كالسمن الحادث في المستاجر للعرف يتجدد له الاولى
وعند احمد يصح الصلح في الرطب وان زاد ونقص لان الجهالة في المصالح عنه لا تمنع الصحة اذا لم يكن الى
معرفة العلم به سبيل لدعاء الحاجة اليه وكونه لا يحتاج الى تسليمه وهل يشترط الصلح في المقامين ان يكون
موقتا بوقت معلوم وان يعين فيه المدة او لا صرح بالاول في التذكرة وعد وس ولك وهو احوط ولكن
الاحتمال الاول في غاية القوة فيجوز الصلح ما دام عمر احد المتصالحين او ما دام وجود الشجرة او ما دام
الملاك بقاء المالك على ملكه واما الصلح الى مدة مجهولة لا تتعين اصلا فالظاهر فساده وهل يجوز الصلح على
اقرارها بجزء من ثمرتها او بكلها اولا الاقرب الاول ولكن الاحوط الثاني وقد ذهب اليه في التذكرة
قائلا ولو صالحه على اقرارها بجزء معلوم من ثمرها او بكله لم يجز وبه قال اكثر العامة لان العوض مجهول
والثمرة مجهولة وجزؤها مجهول ومن شرط الصلح العلم بالعوض والمصالح عليه ايضا لتغيره بالزيادة و
النقصان كما تقدم واحتج بانه قد تدعو الحاجة اليه وقد عرفت بطلان التعليل بالحاجة ثم صرح فيها
بانه لو اباح كل منهما لصاحبه حقه جاز من غير لزوم بل لكل منهما الرجوع فيستبيح صاحب الشجرة ابقاء
الوضع على الجدار والهواء ويستبيح صاحب الدار ثمرة الشجرة كالهبة لكل منهما لصاحبه لكن

جيد

داري ما سكن عادك من غير تقدير مدة ولا ذكر شرط للاجارة وجميع ما ذكره ثم صحيح فيما بان حكم العرف
اذا سرت الى ارض الجار سواء اثرت ضررا كما في المصانع وطى الابار واساسات الحيطان او منع من
نبات شجرة لصاحب الارض او زرع او لم يؤثر ضررا فان الحكم في قطعه والصلح عليه كالحكم في الزرع
الا ان العروق لا ثمر لها وكذا اذا دلى من اخشاب الى ملك غيره فالحكم ما سبق وجميع ما ذكره جيد
ونص في القدس على جواز الصلح في العروق موقتا لا مؤبدا تبعا لما بحث طي اهل الخبرة
او تقديرا بالزيادة وهو الاحوط ولكن الاقرب ما بيناه في الاغصان **مسئلة** اذا كان
لانسان بيوت الخان السفلى ولآخر بيوت العليا وتداعيا الدرج قضى بها لصاحب العلو كما
صرح به في الشرايع والتذكرة والارشاد وعد والمعه والقدس ولك وضه ومجمع الفائدة ولهم
وجهان احدهما الظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى الخلاف من
اصحابنا في ذلك وثانيهما ما تمسك به في ضه ولك من اختصاصه بالتصرف فيها بالسلوك وان كانت
موضوعة في ارض صاحب السفل ويؤيده ما ذكرناه اولا قول التذكرة لان الدرج انما تبنى للارتقاء
ولا تبنى لما تحتها بالعادة بل القصد بها السلوك الى فوق والوجه الثاني للشافعية انها بينهما
لان صاحب السفل ينتفع بظله وصاحب العلو ينتفع بما يرتقى عليها فهي كالسقف بينا نعرضنا
العلو والسفل وقد سبق كلامنا في السقف وان الاولى الحكم به لصاحب العلو مع قيام الفرق بينهما
لان السقف يبنى للبيت وان لم يكن له غرفة بخلاف الدرجة وثانيا قول مجمع الفائدة لانه لا انتفاع
ولو مورده اليها صاحب السفل والعقل يحكم لصاحب العلو بالدرجة بان الامر الذي لا يكون لا بد لشخص
دون اخر لمن هو صرفه ومحله وينبغي التنبيه على امور الاول انما يحكم بالدرج لصاحب العلو مع
يمينه كما صرح به في القواعد والمعه وضه بل الظ انه لا خلاف فيه الثاني لا فرق في ذلك بين ان
يكون الدرج المتنازع فيها موضوعة على ارض صاحب السفل ام لا كما صرح به في لك وضه محتجا في
الاول بان مجرد ذلك لا يوجب اليد الثالث صرح في التذكرة بانه لو تنازعا في السلم وهو
غير خارج عن الخان فان كان منقولا كالسلالم التي توضع وترفع فان كانت في بيت لصاحب

ومن ذكره نزاع الشافعي في الدرج التي تحتها مخزن بينهما ... السفل

السفل

السفل فهو في يده وان كان في غرفة لصاحب العلو فهو في يده فيحكم به في الحالين لكل من هو في يده وان
كان مثبتا في موضع الرقي فهو لصاحب العلو لعود منفعته اليه وظهور تصرفه فيه دون الآخر
وقال بعض الشافعية انه لصاحب السفل كسائر الاثاث وهو المعتمد عندي ولهذا الاسبيجابي السلم الذي
لم يسمر تحت بيع الدار ولو كان السلم مسمرا في موضع المرقى فهو لصاحب العلو لعود فائدته اليه
كالاخشاب المعقودة في المرقى وكذا اذا كان مبنيا من لبن او آجر وشبههما اذا لم يكن تحته بيت
ونبه على ما ذكره في مجمع الفائدة وفيه نظر والاقرب ان المناط في الحكم بكون السلم لاحدهما هو
كونه تحت يده وفي تصرفه دون الاخر ويثبت الامران بالصعود عليه والنزول منه وهما مختصان
بالنسبة الى صاحب العلو غالبا مطلقا ولو كان السلم منقولا فتامل الرابع صرح في القدس ولك
وضه بانه كما يحكم بالدرج لصاحب العليا فكذا محلها وصرح بما ذكره في القدس ايضا وهو جيد الخامس
هل يختص الحكم بكون الدرج المتنازع فيها لصاحب العلو بما اذا لم يكن تحتها خزانة ايضا او لا
بل يحكم بذلك مطلقا ولو كانت الخزانة التي تحت الدرج لصاحب السفل وكانت محل النزاع ايضا
استشكل ذلك في الروضة قائلا لا يبعد الحكم بكون الدرج المتنازع فيها لصاحب العلو ويشكل الحكم
في الدرج مع اختلافهما في الخزانة لانه لو قضى في الخزانة لهما او حكم بها للاسفل توجه الحكم بكون الدرجة
كالسقف المتوسط بين الاعلى والاسفل لعين ما ذكر خصوصا مع الحكم بها للاسفل وحده فينبغي
ح ان يجري فيها الخلاف الثابت ولو قضينا بالسقف للاعلى زال الاشكال هنا وانما يأتي على
مذهب لم هنا وفي ئس فانه لا يجامع اختصاص العلوي بها مطلقا ونبه على ما ذكر في لك ايضا
وما مال الى الاحتمال الاخير كالتذكرة وهو الاقرب السادس لو اختلفا في الخزانة التي تحت الدرج
المتنازع فيها فادعاها كل منهما لنفسه ففيه احتمالات احدها انها لصاحب الاسفل وثانيها
انها لصاحب العلو وثالثها انها للصاحب اشتراكها بينهما وقد نبه على هذه الاحتمالات من غير
ترجيح في التذكرة قائلا ولو تنازعا في البيت الذي تحت الدرج احتمل اختصاص صاحب السفل به
كسائر البيوت وصاحب العلو لان ملك الهواء يستتبع ملك القرار والشركة فيه وقصدا الى

الاحتمال الثالث في الشرايع والارشاد وعد وس وضه ولك وجامع المقاصد واشار الى وجهه
في الاخيرين قائلين لان كلا منهما لشاهد الملك اذ الظاهر ان الدرج لصاحب العلو فيكون مكانه
كك لان الهواء تابع للقرار وكذا الظاهر ان الخزانة كسائر البيوت السفلى وهي متصلة ببيوت
الاسفل فيقضى بها بينهما ورابعها انه يقرع بينهما وقد صرح به في اللمعة واشار الى وجهه في ضه
قائلا لاستوائهما فيها بكونه متصلا بملك الاسفل بل من جملة بيوته وكونها هواء لملك الاعلى فهو
كالقرار فيقرع ويشكل بما مر في السقف ثم صرح بانه يقوى استواؤهما فيها مع حلف كل لصاحبه
وقد صرح في لك بانه يحكم بها بينهما بعد التحالف او النكول وهو الاقرب وصح في س بانه لا عبرة
بوضع الآلة تحتها **منهل** اذا تنازع صاحب علو الخان او الدار الذى مرقاه في صحنه
في الرصيف والصحن فادعاه كل منهما ففيه احتمالات احدها كون المسلك بينهما
واختصاص الاسفل بالباقي وقد صار اليه في عد وس وجامع المقاصد ولك وقد نبه على
وجهه في ضه قائلا وفي الدروس رجح كون المسلك بينهما واختصاص الاسفل بالباقي وعليه جماعة
لان صاحب السفل يشارك في التصرف فيه وينفرد بالباقي فيكون قدر المسلك بينهما ونبه على
هذا في لك وجامع المقاصد ايضا وثانيها اختصاص المسلك بصاحب العلو والباقي بصاحب
السفل وقد صار اليه في اللمعة قائلا اذا تنازع صاحب غرف الخان وصاحب بيوته في المسلك
حلف صاحب الغرف في قدر ما يسلكه وحلف الآخر على الزائد واشار في ضه الى وجهه بقوله لان
النزاع لو وقع على مسلك في الجملة ومتعين لان بعض الصحن لم يكن على الآخر حلف لعدم منافاته
له في الزائد ووجه الحكم للاعلى بقدر المسلك من ضرورة الانتفاع بالغرف وله عليه يد في جملة
الصحن واما الزائد عنه فاختصاص صاحب البيوت به اقوى لانه دار لبيوته فيقدم قول كل منهما
فيما يظهر اختصاصه به وثالثها ما نبه عليه في الدروس بقوله وربما امكن الاشتراك في العرصة
لان صاحب الاعلى لا يكلف المرور على خط مستوى ولا يمنع من وضع شيء فيها ولا من الجلوس قليلا وفيه ضعف
هنا في جامع المقاصد بقوله بعد الاشارة اليه وفيه ما فيه في المسألة غاية الاشكال ولكن القول

الاول

الاول في غاية القوة وعليه انما الحكم بالاشتراك في المسلك والاختصاص بالباقي بعد حلف كل منهما
كما صرح به في لك ومع ذلك فيه او نكولهما وينبغي التنبيه على امور الاول المراد بصحن الخان نهاية
السعة وهو آخر خطه في الجهة المقابلة في الباب كما صرح به في جامع المقاصد الثاني اذا كان
المرقى في الدهليز فصرح في القواعد وس وضه ولك بان الاعلى لا يشارك الاسفل في شيء من الصحن
واحتج عليه في الاخيرين بان الاعلى لا يد له عليه ولكن الاخير زاد قائلا الا ان يقول في السكة المرفوعة
باشتراكها بين الجميع وصرح بهذا في الدروس ايضا قائلا ويؤيده ان الرصيف محيط بها الاعلى
كما يحيط بها الاسفل وفيما ذكراه نظر بل الحكم بعدم الاشتراك في الصحن واختصاصه بالاسفل
اجود الثالث صرح في ضه ولك بان المرقى لو كان في ظهر الخان اختص صاحب الاسفل بالصحن
والدهليز اجمع وصرح بهذا في القواعد وس ايضا وهو جيد **منهل** لو تنازعا في دابة
فادعاها كل واحد منهما لنفسه وكان احدهما راكبا عليها والآخر قابضا لجامها ولا بينة فهل
القول قول الراكب او لا اختلف الاصحاب في ذلك على قولين احدهما ان القول قول الراكب
فيكون له وهو للمبسوط ويع وكره والارشاد وعد والتحرير ولك والايضاح واللمعة وثانيهما
انه يحكم بها لكل منهما بالسوية فيكون لكل منهما نصف منها وهو للخلاف والغنية وجامع المقاصد
ولك وضه والحكى في جملة من الكتب عن ابن ادريس وفي لك عن بعض وربما يستفاد من غاية المراد
المصير اليه ويظهر من س التوقف في المسألة للاولين وجهان احدهما ما تمسك به في لف والايضاح
قائلين والوجه ما قاله في ط من ترجيح الراكب لكثرة تصرفه وقوته واورد عليه في لك وضه قائلا
قوة يد الراكب لا مدخل لها في الترجيح ولهذا لم يؤثر في ثوب بيد احدهما اكثره نعم مع الراكب زيادة
التصرف الا انه لم يثبت شرعا كونه مرجحا وتعريف المدعي والمنكر منطبق عليهما بتفسيراته وصح
بجميع ما ذكر في غاية المراد وثانيهما ما نبه عليه في التذكرة قائلا وباقي العامة يحكم بها للراكب لبعد
تمكين صاحب الدابة غيره من ركوبها وامكان اخذ اللجام من صاحب الدابة وهو الاقوى عندي
واورد عليه في جامع المقاصد قائلا ما ذكره ليس بواضح لان الركوب واللجام بيد المالك امر ظاهر

مانع كثيرا وللاخرين وجهان احدهما ما تمسك به في الخلاف والغنية وغاية المراد والمسالك وغيرها من
تساويهما في الدعوى واشتراكهما في اليد فترجيح احدهما على الاخر ترجيح من غير مرجح وثانيهما ما صرح به في ط
من ان التنصيف احوط والمسألة في غاية الاشكال ولكن القول الثاني في غاية القوة وينبغي التنبيه
على امور الاول صرح في الدروس وغيره بانه لا عبرة هنا بكون الراكب غير معتاد ركوب الدواب
وكون المتشبث معتادا لذلك وهو جيد ويظهر من اطلاق ما عداها من الكتب المتقدمة
بل ربما يظهر من المسالك دعوى الاتفاق عليه الثاني على القول الثاني من القضاء بينهما بالتنصيف
يحلف كل منهما لصاحبه اذا لم يكن بينة كما صرح به في جامع المقاصد والمسالك والروضة واما على القول
بان القول قول الراكب فيتوجه الحلف عليه كما صرح به في يع والتحرير والدروس وصرح به في مجمع الفائدة
ايضا محتجا بانه منكر وصاحب يد والقابض مدع خارج اذ الركوب اقوى فالقبض بالنسبة
اليه كالعدم الثالث صرح في جامع المقاصد والمسالك والروضة بان اللجام يقضى به لمن هو في يده
والسرج للراكب وهو جيد الرابع صرح في مجمع الفائدة بعدما اشار الى القولين ومستندهما
بانه معلوم ان المراد مع عدم ظهور تقدم تصرف بعضهما والا فالحكم له وهو جيد منهل
لو تنازعا ثوبا وفي يد احدهما اكثره ولا بينة فهما سواء كما صرح به في الشرايع والارشاد والتحرير
والتذكرة وغاية المراد واللمعة وس وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع الفائدة ولهم وجهان
احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى الخلاف ولا اشكال
في ذلك وثانيهما ما تمسك به في الروضة والمسالك من اشتراكهما في مسمى اليد ولا ترجيح لقوة يدهما
ونادف الاولى فانه قال فالتصرف هنا وان اختلف كثرة وقلة لكنه من واد واحد بخلاف
الركوب وقبض اللجام واشار الى هذا في الثاني بقوله والتصرف الذي كان مع الراكب زائد
على اليد منتف هنا وهذا هو الفارق بين المسألتين عند التامل وموجب اختلاف الحكم واشار
الى الوجه المذكور في كره بقوله لتساويهما في الدعوى وفي س بقوله لان مسمى اليد حاصل
لهما فلا ترجيح واما الراكب واللابس فلهما زيادة اليد والتصرف وفي جامع المقاصد بقوله الثوب

العمل باليد في مجمع الفائدة بقوله ولا عبرة بمنع الكثرة ولو اختلف لابس الثوب وقابضه
فيحكم في جامع المقاصد ان القول قول اللابس فانه قال لو اختلف لابس الثوب وقابضه فقوة
جانب اللابس اظهر لان الظاهر انه لا يتمكن من لبسه الا وهو غالب فاهو مستقل باليد وهذا
ليس مثل حكم الدابة ويظهر من الدروس المصير الى ما صار اليه ولكن صرح في المسالك والروضة بان هذه
المسألة كمسألة تنازع راكب الدابة وقابض لجامها قائلا في الاول لزيادة تصرف اللابس على
اليد وما ذكره في غاية القوة منهل لو تنازعا عبدا ولاحدهما عليه ثياب لابسه
وكان لهما عليه يد فهما فيه سواء ولا يقضى به لصاحب الثياب وقد صرح بذلك في الشرايع
والارشاد والتحرير والتذكرة واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع الفائدة ولهم وجهان
احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى
خلاف ولا اشكال في ذلك وثانيهما ما نبه عليه في جامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع
الفائدة من تساويهما في اليد وكون ثياب احدهما عليه لا دخل له في السلطنة اذ قد
يلبسها بغير اذن او بحجة نوله او بالعارية او نحو ذلك ونادف الثالث قائلا ولا يرد
مثله في الركوب لان الراكب ذو يد بخلاف العبد فان اليد للمدعى لا له ولو كان لاحدهما
عليه يد وللاخر ثياب خاصة فالعبرة بصاحب اليد كما صرح به في الروضة والمسالك منهل
لو تداعيا جملا ولاحدهما عليه حمل وكان لكل منهما عليه يد بان كانا قابضين بزمامه فيخص
ذلك الترجيح لدعواه فيحكم له به كما صرح به في الشرايع والارشاد وعد والتحرير وكره
واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع الفائدة ولهم وجهان احدهما ظهور
الاتفاق عليه كما يستفاد من اكثر الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى الخلاف ولا
اشكال في ذلك وثانيهما ما تمسك به في جامع المقاصد والمسالك والروضة من ان وضع الحمل
على الدابة يستدعي كمال الاستيلاء فيرجح صاحبه وينبغي التنبيه على امور الاول كما يظهر
من اطلاق الكتب المذكورة عدم الفرق في ذلك بين صورتي العلم بكون الواضع للحمل على

الحمل هو صاحبه اولا وفي الاخر اشكال الا ان يدفع بظهور الاتفاق على الاطلاق بلا نزاع عن (قوع)
الثاني اذا كان لغير صاحب الحمل يد على الحمل بقبض ما به ونحوه ولم يكن لصاحب الحمل الا نفس
الحمل فظاهر من اطلاق يع وعد والارشاد والتحرير والتذكرة واللمعة وجامع المقاصد
ان القول قول صاحب الحمل انتهى ونبه عليه في ضه قائلا ويرجح صاحب الحمل في دعوى البهيمة
الحاملة وان كان للاخر عليها يد بقبض زمام ونحوه لدلالة الحمل على كمال استيلاء مالكه عليها
فيرجح ونبه على هذا في لك ايضا قائلا ويمكن ان يكون المراد ان احدهما قابض بزمامه وللاخر
عليه حمل ليكون معادلا لمسألة الراكب وقابض اللجام فانهما وان استويا في الحكم عنده الا
ان مسألة الحمل اقوى ولهذا لم يذكر فيها خلافا ووجهه ان الحمل اقوى دليلا على كمال الاستيلاء
فان الركوب سهل تعلقا من الحمل وفيما ذكره نظر ولكنه في غاية القوة الثالث صرح
في لك بانه لو كان لاحدهما حمل ولا يد للاخر فلا شبهة في ترجيح صاحب الحمل بل صرح في مجمع الفائدة
بانه مما لا ينبغي الخلاف فيه ويقتضي ما ذكره من الترجيح اطلاق يع وعد والارشاد
والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد وهو المعتمد منهل لو تداعيا غرفة كانت
على بيت احدهما وبابها الى غرفة الاخر ولم يعلم تصرف فيها وثبوت يد عليها بسكنى ونحوها
كان الرجحان لدعوى صاحب البيت فحكم له بها كما صرح به في الشرايع والارشاد وعد والتحرير
والتذكرة واللمعة والدروس وجامع المقاصد ولك وضه ومجمع الفائدة ولهم وجهان
احدهما ظهور الاتفاق عليه كما يستفاد من الكتب المذكورة لعدم اشارتها الى خلاف ولا اشكال
في ذلك وثانيهما ما تمسك به في التذكرة وجامع المقاصد ولك وضه من ان الغرفة موضوعة
في ملكه لان هواء بيته ملكه لان من ملك القرار ملك الهواء وزاد في الثاني فادعى الاتفاق على
هذا وفي الاخير فصرح بان مجرد فتح الباب الى الغير لا يفيد اليد ولا الملك واشار اليه في
الاول بقوله وفتح الباب يحتمل الاعارة وينبغي التنبيه على امرين الاول انما يقدم قول صاحب
البيت الذي عليه الغرفة بيمينه كما صرح به في التحرير وس ولك بلا اشكال لانه مما لا خلاف فيه

الثاني

الثاني اذا كان من اليه الباب متصرفا في الغرفة المتنازع فيها بسكنى ونحوها ففيه احتمالات
احدها ان القول قول صاحب البيت ايضا وهو مقتضى اطلاق الشرايع والارشاد والتحرير
واللمعة وثانيها ان القول قول المتصرف فيها الذي اليه الباب وقد صرح به في التذكرة
والدروس ولك وضه وصرح في جامع المقاصد بانه لا يخلو من قوة واشار الى وجهه في الاخير
قائلا بعد الاشارة الى ما تقدم من تقديم قول صاحب البيت هنا اذا لم يكن من اليه الباب
متصرفا فيها بسكنى او غيره والا قدم لان يده عليها بالذات لان التصرف مقتضى له وثبوت
يد مالك بالتبعية ليده التي هي على القرار واليد الفعلية الذاتية اقوى واولى منها بالتبعية
واشار الى ما ذكر في التذكرة وس وجامع المقاصد وفيه نظر وثالثها انهما يتساويان
ولا يترجح احدهما على الاخر وقد اشار اليه في لك وضه قائلا ويحتمل التساوي لثبوت اليد
من الجانبين في الجملة وعدم تاثير قوة اليد كما سلف ولم اجد بما ذكره من الاحتمال قائلا
وهو ضعيف من حيث ظهور الاتفاق على بطلانه نعم الاحتمال الثاني في غاية القوة ولم يرجح في عد
والايضاح شيئا من الاحتمالات المذكورة وانما صرحا بان المسألة محل اشكال وزاد الاخير قائلا
ينشأ من تعارض اليد وقولهم ان الهواء تابع للارض في الملك واشار الى هذين الوجهين
في جامع المقاصد ايضا منهل لو وجد بناء او خشبا او مجرى ماء له كدولاب ونحو ذلك
في ملك غيره ولم يعلم سببه كان ينتقل اليه بالارث فهل يكون ذلك مقتضيا للاستحقاق
بحيث لا يجوز للمالك منعه من الابقاء ولا منعه من الاعادة لو انهدم اولا فيكون له ذلك فيه قولان
احدهما ان ذلك لا يكون مقتضيا للاستحقاق وان القول قول مالك الارض والجدار في عدم
الاستحقاق وهو للقواعد والايضاح وجامع المقاصد ولهم ما نبه عليه في جامع المقاصد
قائلا الاقرب عدم الاستحقاق تمسكا باصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير ولان اليد
تقتضي الاختصاص بالانتفاع والوضع اعم من الاستحقاق وغاية ما في الباب ان يكون
بحق وهو اعم من العارية التي يجوز الرجوع وقد صرح بالاصل المذكور في الايضاح انتهى وبعضه

٢٥

عموم قوله الناس مسلطون على اموالهم وقوله المؤمنون عند شروطهم وقوله لا ضرر ولا ضرار
وقوله تعالى اوفوا بالعقود وثانيهما ما نبه عليه في جامع المقاصد قائلا بعد ما حكينا عنه بقليل
وخالف الشيخ في ذلك نظرا الى ان الظاهر ان ذلك وضع بحق فلا ينتقض صاحب الملك من
الانتفاع الا اذا ثبت ذلك وقول الشيخ ضعيف واشار في الايضاح الى وجه آخر لهذا
القول بقوله وجه القرب اصالة عدم الاستحقاق في ملك الغير ومن ثبوت اليد والمالك
يدعي استحقاق ازالتها والاصل عدمه والاقوى الاول وما قواه هو الاقوى عندي ايضا ولكن
لا ينبغي ترك الاحتياط وعلى المختار يتوجه اليمين على المالك للجدار والارض حيث يعلم بعدم
الاستحقاق ويتعين المراد بخلافه كما صرح به في جامع المقاصد قائلا واعلم ان عبارة المصنف لا تخلو
من مناقشة لان من لا يعلم [illegible] في ملك الغير مثلا فاذا لا يعلم الاستحقاق
فلا يتعين فلا يتصور منه اليمين [illegible] المالك بيمينه مقدما وقد كان الاولى ان يقول عليه لكون قول
لو اختلف في الاستحقاق وعدمه فيما اذا كان بناؤه في ملك الغير فالاقرب ان اليمين على
المالك مع عدم البينة لانه المنكر واذا لم يكن المالك عالما بعدم الاستحقاق فلا يمين
عليه ولا على خصمه اذا لم يكن عالما بالاستحقاق وللاول منع الثاني من الابقاء
والاعادة واذا كان الثاني عالما بالاستحقاق والاول جاهلا به وبعد من قبل تسقط بالاستحقاق
الدعوى [illegible] او يحلف الثاني على الاستحقاق فيثبت له فيه اشكال ولكن الاحتمال في غاية القوة صح